

ISSN 2697-3170

RJT

REVISTA JURÍDICA DEL TRABAJO

DIRECTOR

JORGE ROSENBAUM

COORDINADOR

FEDERICO ROSENBAUM

Vol. 3

No. 9

Septiembre-Diciembre
2022

Diciembre de 2022.

Copyright © Equipo editorial RJT

Rincón 477/803, C.P. 11.000

Montevideo, Uruguay.

Teléfono: (+598) 29161523

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 (Universidad de la República, Uruguay)

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 Sanguineti (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)

Raúl Saco Barrios (Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú)

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

Iván Mirabal (Universidad Fermín Toro, Venezuela)

ÍNDICE

EDITORIAL:iii

Antonio Aloisi; Nastazja Potocka-Sionek: ¿Des-plataformizando el mercado de trabajo? Un análisis de las disposiciones sobre “gestión algorítmica” de la propuesta de Directiva de la UE sobre el trabajo en plataformas1

Tomás Sala Franco: Acerca del derecho de huelga de los jueces, magistrados y fiscales40

Carlos Ernesto Molina M.: La nueva justiciabilidad de los derechos laborales en la Convención Americana de Derechos Humanos51

Beatriz Duran Penedo: El teletrabajo en el sector público87

Lidia Vilchez Garcés: El papel de los sindicatos en la mitigación de los impactos negativos de las nuevas tecnologías en las personas vulnerables113

Guillermo Boza Pró; Joaquín Briones Zegarra: Precariedad laboral en el trabajo prestado mediante plataformas digitales en el Perú138

Juan Raso Delgue: El derecho del trabajo del siglo XXI y la caída de los paradigmas: seis propuestas para el cambio176

DEBATE:

Federico Rosenbaum Carli: Los desafíos que plantea el trabajo de cuidados en un mundo cambiante205

Natalia Aranco; Rodolfo Saldain: La dependencia de cuidados: riesgo social del siglo XXI**208**

César Augusto Carballo Mena: Trabajo de cuidados. Breve catálogo de perplejidades**228**

EDITORIAL

En el ya cercano ocaso del año 2022, la Revista Jurídica del Trabajo publica este noveno número que compila los ensayos de nueve prestigiosos autores.

Los tópicos tratados, sin duda alguna, sobresalen en el mundo del trabajo y nuestro propósito como responsables de la edición, sigue siendo manifiestamente el mismo con el que iniciamos esta experiencia editorial on line y abierta.

Creemos que, a través del valioso aporte de los análisis abordados, así como de las plurales argumentaciones en las que se sostienen las ideas vertidas, una vez más habremos de contribuir a enriquecer el pensamiento propio de nuestros lectores.

Nuestro objetivo sigue siendo despertar inquietudes ya que el desafío consiste, tal como proclamaba Kant (“¿Qué es la ilustración?”), en “*Sapere aude*” (¡Atrévete a saber!).

Uno de nuestros invitados, el Prof. Juan RASO DELGUE (Universidad de la República de Uruguay), propone un interesante desafío para el Derecho del trabajo del siglo XXI, reconociendo, por una parte, la caída de muchos de los criterios históricos y formulando, por la otra, seis sugerencias para guiar el inevitable proceso de transformación adaptativa de la disciplina jurídica.

En el contexto de una economía uberizada, Antonio ALOISI (Profesor en la IE University Law School de Madrid, España) y Nastazja POTOCKA-SIONEK (Investigadora PhD del European University Institute de Florencia, Italia), abordan una interesante interrogante basada en la gestión algorítmica que una propuesta de Directiva de la Unión Europea destina al trabajo de plataformas, en el que prevalecen la vigilancia y las prácticas automatizadas de toma de decisiones. Los autores se preguntan si asistimos, consecuentemente, a una modalidad de revertir la “plataformización” del mercado de trabajo, incluyendo no sólo a trabajadores subordinados, sino también a los autónomos.

Por su parte, Guillermo BOZA PRÓ y Joaquín BRIONES ZEGARRA (ambos docentes en la Pontificia Universidad Católica del Perú), ahondan en

distintos datos de la realidad que revelan la precariedad laboral en el trabajo provisto por plataformas en su país, aportando herramientas jurídicas para facilitar probatoriamente la laboralidad subyacente en muchas de estas modalidades de prestación de actividad.

En el marco del impacto que producen las nuevas tecnologías, en particular sobre el universo de personas en estado de vulnerabilidad, la Prof. Lidia VILCHEZ GARCÉS (Pontificia Universidad Católica del Perú) encuentra un espacio trascendente para la actuación de las organizaciones sindicales, lo que también señala necesidades de cambios de roles en el ámbito del derecho colectivo del trabajo.

Siendo el teletrabajo uno de los fenómenos de mayor desarrollo por efecto de la pandemia de la COVID 19, son pocos los análisis efectuados sobre su proyección en el sector público de actividad. La Prof. Beatriz DURÁN PENEDO (Universidad de la República de Uruguay) nos acerca a esa realidad en nuestro país, con sobrado conocimiento de la misma y una reconocida experiencia profesional en el área.

El otro autor es el Prof. Tomás SALA FRANCO (Universidad de Valencia, España), quien estudia el fenómeno de la huelga, en este caso en el ámbito de servicios que tradicionalmente han sido considerados esenciales por el Comité de Libertad Sindical, desde que sus actores principales son jueces, magistrados y fiscales. El artículo introduce un replanteo del tema, exponiendo una gama de argumentos, a favor y en contra, que resultan removedores y nos convocan a reflexionar en profundidad sobre muchos axiomas.

El Prof. Carlos Ernesto MOLINA (Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia), un connotado especialista sobre las normas internacionales y los derechos fundamentales en el trabajo, desarrolla la justiciabilidad de éstos a través de la Convención Americana de Derechos Humanos. El punto de partida consiste en debatir la exigibilidad o no de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, de los cuales los laborales forman parte. Trazando un desarrollo evolutivo de la normativa interamericana y a través del análisis exhaustivo que el autor efectúa de la misma, se enfoca en el proceso jurisprudencial que el tema ha tenido en la CIDH y sus distintas fases históricas.

Es en ese marco, que, para el autor, el desarrollo de la postura adoptada por mayoría de los magistrados en el caso “Lagos del Campo vs Perú” en 2017, abre un escenario novedoso, que cambia la perspectiva tradicional sobre los derechos fundamentales de las personas, dotándoles de una materialidad y garantías que por décadas no lograron consolidarse.

Cierra el número con un tema de debate que refiere a los desafíos que plantea el trabajo de cuidados en un mundo cambiante, con la participación de Natalia ARANCO y Rodolfo SALDAIN (Uruguay), Cesar CARBALLO MENA (Venezuela), con nota introductoria de Federico ROSENBAUM CARLI.

Esperando que las expectativas de nuestros lectores se vean colmadas con esta variedad de trabajo publicados, nos despedimos de ustedes con los mejores deseos para esta época de tradicionales fiestas y con el sueño siempre presente de que la paz, la salud y la justicia social logren prevalecer como realidades tangibles y con carácter universal.

Jorge Rosenbaum Rimolo
Director

**¿DES-PLATAFORMIZANDO EL MERCADO DE TRABAJO? UN
ANÁLISIS DE LAS DISPOSICIONES SOBRE “GESTIÓN
ALGORÍTMICA” DE LA PROPUESTA DE DIRECTIVA DE LA UE
SOBRE EL TRABAJO EN PLATAFORMAS**

**DE-GIGGING THE LABOUR MARKET? AN ANALYSIS OF THE
“ALGORITHMIC MANAGEMENT” PROVISIONS IN THE
PROPOSED EU PLATFORM WORK DIRECTIVE**

Antonio ALOISI

Profesor Asistente, IE University Law School, Madrid, España.

antonio.aloisi@ie.edu

Nastazja POTOCKA-SIONEK

Investigadora PhD, European University Institute, Florencia, Italia.

nastazja.potocka-sionek@eui.eu

Fecha de envío: 04/11/2022

Fecha de aceptación: 05/12/2022

**¿DES-PLATAFORMIZANDO EL MERCADO DE TRABAJO?
UN ANÁLISIS DE LAS DISPOSICIONES SOBRE “GESTIÓN
ALGORÍTMICA” DE LA PROPUESTA DE DIRECTIVA DE LA UE
SOBRE EL TRABAJO EN PLATAFORMAS**

Antonio ALOISI

IE University Law School (España)

Nastazja POTOCKA-SIONEK

European University Institute (Italia)

Resumen: Los trabajadores están siendo gestionados por las tecnologías de manera creciente. Antes de extenderse a segmentos más grandes del mercado laboral, los sistemas de gestión algorítmica eran una característica distintiva del trabajo en plataformas. El ejercicio del poder a través de plataformas laborales digitales es una de las causas de las precarias condiciones de trabajo en este ámbito, una cuestión que pronto podría afectar a un grupo más amplio de trabajadores de los sectores económicos tradicionales.

Este artículo aclara las disposiciones que regulan la gestión algorítmica en la propuesta de Directiva de la UE sobre la mejora de las condiciones de trabajo en las plataformas, que aborda la vigilancia automatizada y las prácticas automatizadas de toma de decisiones. La Directiva propuesta exige la divulgación de su adopción y establece derechos de información y explicación en relación con las categorías de acciones supervisadas y los parámetros considerados. Las disposiciones sobre gestión algorítmica se aplican a todos los trabajadores de plataformas, incluidos los trabajadores verdaderamente autónomos.

Antes de ofrecer una visión general razonada de las medidas jurídicas previstas en el texto propuesto, este artículo aborda el proceso que condujo a la propuesta de Directiva con el fin de revelar los antecedentes y las alternativas a la

formulación actual. Aborda la interacción entre el texto y otros instrumentos que regulan el despliegue de tecnologías para la gestión de los trabajadores. Los pasos destinados a hacer que las plataformas rindan cuentas son notables, pero la técnica regulatoria podría dar lugar a modelos parcialmente superpuestos, aumentando así la inseguridad jurídica y la arbitrariedad.

Palabras clave: Gestión algorítmica - Vigilancia - Derecho a la explicación - Economía gig - Protección de datos - Inteligencia artificial - Unión Europea

Sumario: 1. Introducción. 2. Entre bastidores del experimento de Bruselas. 3. El alcance personal y material de los derechos de “gestión algorítmica”. 4. Puntos fuertes y débiles del enfoque de la UE. 5. Conclusiones.

Abstract: Workers are increasingly being managed by technologies. Before spreading to larger segments of the labour market, algorithmic management systems were a signature feature of platform work. The exercise of power through digital labour platforms is one cause of the precarious working conditions in this area, an issue that could soon concern a wider group of workers in traditional economic sectors.

This article elucidates the provisions regulating algorithmic management in the proposed EU Directive on improving working conditions in platform work, which tackles automated surveillance and automated decision-making practices. The proposed Directive mandates the disclosure of their adoption and sets out information and explanation rights regarding the categories of actions monitored and the parameters considered. The provisions on algorithmic management apply to all platform workers, including genuinely self-employed persons.

Before offering a reasoned overview of the legal measures envisaged in the proposed text, this article grapples with the process leading to the proposed Directive in order to reveal the background and alternatives to the current formulation. It addresses the interplay between the text and other instruments regulating the deployment of technologies for managing workers. The steps intended to hold platforms to account are remarkable, but the regulatory

technique could result in partially overlapping models, thereby increasing legal uncertainty and arbitrage.

Keywords: Algorithmic management - Surveillance - Right to explanation Gig economy - Data protection - Artificial intelligence - European Union

Summary: 1. Introduction. 2. Behind the scenes of Brussels' experiment. 3. The personal and material scope of 'algorithmic management' rights. 4. Strengths and weaknesses of the EU approach. 5. Conclusions.

1. Introducción*

La tecnología está asumiendo cada vez más funciones habitualmente ejecutadas por los empleadores. En los lugares de trabajo “datificados”, los encargos se emiten a través de plataformas colaborativas, los datos se recopilan de manera constante y granular, mientras que las sanciones se imponen después de considerar los indicadores de rendimiento y satisfacción del cliente. Además, en los últimos dos años, el experimento a gran escala sobre el trabajo a distancia requerido por la pandemia de COVID-19 ha acelerado la adopción de sistemas automatizados de monitoreo y toma de decisiones (SATD), facilitando así la aceptación de estos instrumentos intrusivos. De hecho, estimaciones recientes sugieren que “entre 72,48 millones y 101,05 millones de personas en la UE-27 están expuestas a la gestión algorítmica en su lugar de trabajo principal o secundario, al menos en cierta medida, en al menos un ámbito de la organización del trabajo”¹. Además, la evidencia indica que el 42% de las empresas europeas utilizan al menos una tecnología basada en inteligencia artificial (IA)².

* Traducido por Federico Rosenbaum. Este artículo fue publicado originalmente en “Italian Labour Law e-Journal”. Ver Aloisi A. & Potocka-Sionek N. (2022), “De-gigging the labour market? An analysis of the ‘algorithmic management’ provisions in the proposed Platform Work Directive”, *Italian Labour Law e-Journal*, 15(1), pp. 29-50 <https://doi.org/10.6092/issn.1561-8048/15027>. Agradecemos al Editor Jefe de la *ILLeJ*, Profesor Emanuele Menegatti, por autorizar la traducción y publicación de esta versión.

Este trabajo forma parte del proyecto “*Boss Ex Machina*”, que ha recibido financiación del programa de investigación e innovación European Union’s Horizon 2020, en virtud del acuerdo de subvención Marie Skłodowska-Curie nº 893888. Se ha sometido a un proceso de revisión por pares de doble ciego.

Estamos agradecidos con Hannah Adzakpa, Valerio De Stefano, Sophie Duroy, Nicola Hargreaves, Michele Molè, Aikaterini Orfanidi, Marc Steiert por sus generosos comentarios sobre el proyecto anterior de este artículo y a los miembros de la DiPLab (Digital Platform Labor) grupo de investigación interdisciplinario para la discusión inspiradora sobre este tema.

¹ Commission Staff Working Document Impact Assessment Report accompanying the document Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council to improve the working conditions in platform work in the European Union, SWD/2021/396 final, p. 173.

² *Ibidem.*, p. 7. Aunque somos conscientes de las diferencias terminológicas y sustantivas, “IA” y “algoritmos” se usan indistintamente en este artículo. Ver también el Grupo de Expertos de Alto Nivel sobre Inteligencia Artificial de la Comisión Europea, *A Definition of AI: Main Capabilities and Scientific Disciplines*, Comisión Europea, 2019.

Basándose en el creciente cuerpo de literatura interdisciplinaria³, la fórmula de “gestión algorítmica” se refiere a las prácticas en el lugar de trabajo que dependen de dispositivos digitales o software para automatizar parcialmente o totalmente las funciones tradicionalmente ejercidas por gerentes y supervisores. Desde una perspectiva legal, este proceso altera el delicado equilibrio entre los poderes del empleador y los factores compensatorios que se espera que moderen la autoridad jerárquica. De hecho, una función clave de la regulación laboral es el despliegue de normas sustanciales y de procedimiento diseñadas para erradicar los abusos que afectan a los derechos fundamentales, al tiempo que refuerza la organización eficiente de la fuerza laboral a lo largo de todo su ciclo de vida, desde la contratación hasta el despido. Las tecnologías modernas están alterando este equilibrio imperfecto, profundizando las asimetrías de información y la sujeción a la posición de comando y control de aquellos que tienen el poder (de datos)⁴.

El trabajo en la economía gig es ampliamente considerado como la “cuna” de los sistemas de gestión algorítmica⁵. De hecho, la gestión algorítmica es una característica universal e inherente del modelo de negocio basado en plataformas, que caracteriza no solo las plataformas basadas en la ubicación más estudiadas en los sectores de transporte y entrega, sino también las plataformas de micro trabajo y freelance.⁶ Por lo tanto, no es casualidad que el primer instrumento legislativo a nivel de la Unión Europea (UE) destinado a abordar explícitamente la gestión algorítmica en el ámbito del empleo sea la propuesta de Directiva sobre la mejora de las condiciones de trabajo de los trabajadores de plataformas (Directiva sobre el trabajo en plataformas [DTP])⁷.

³ Wood A., *Algorithmic management consequences for work organisation and working conditions*, en *Working Papers Series*, WP No. 7, 2021; Baiocco S., Fernández-Macías E., Rani U., Pesole A., *The Algorithmic Management of work and its implications in different contexts*, Comisión Europea, 2022.

⁴ Manokha I., *The Implications of Digital Employee Monitoring and People Analytics for Power Relations in the Workplace*, en *Surveillance & Society*, 18, 4, 2020, pp. 540-554.

⁵ Adams-Prassl J., *Regulating algorithms at work: Lessons for a ‘European approach to artificial intelligence’*, en *European Labour Law Journal*, 13, 1, 2022, pp. 30-50.

⁶ Oficina Internacional del Trabajo, *World Employment and Social Outlook 2021: The role of digital labour platforms in transforming the world of work*, OIT, 2021.

⁷ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la mejora de las condiciones de trabajo en las plataformas, COM(2021) 762 final. El texto podría cambiar; al

Garantizar la equidad, la transparencia y la rendición de cuentas con respecto a la gestión algorítmica en el contexto del trabajo en plataformas es uno de los tres objetivos específicos que conducen al objetivo general del instrumento propuesto⁸, a saber, “la mejora de las condiciones laborales y los derechos sociales de las personas que trabajan a través de plataformas, con miras también a fomentar las condiciones para el crecimiento sostenible de las plataformas digitales de trabajo en la Unión Europea”⁹.

Este artículo tiene como objetivo desentrañar los méritos y las trampas de la sección de la DTP dedicada a la gestión algorítmica. Está organizado de la siguiente manera. Después de esta sección introductoria, la segunda sección traza la lógica detrás de la regulación de la gestión algorítmica bajo la DTP, relacionando varios escenarios vinculados con el alcance personal y material de estas disposiciones que se consideraron durante el proceso de consulta. A continuación, el enfoque central de la tercera sección es el Capítulo III (Artículo 6-10) de la DTP, que se refiere a los derechos relacionados con la transparencia algorítmica y la supervisión humana de los sistemas automatizados, además de los derechos de información y consulta. Presentamos y discutimos estas disposiciones, con un énfasis particular en su interacción con las disposiciones del Reglamento General de Protección de Datos (RGPD). La cuarta sección destaca los puntos fuertes y débiles del enfoque de la UE. Afirmamos que la adopción de estas disposiciones, a pesar de ser prometedoras y necesarias (especialmente con respecto a los trabajadores por cuenta propia), no será suficiente. El nivel de protección ofrecido en términos de gestión algorítmica no dista mucho del marco que se aplicaría si las personas que realizan el trabajo en plataformas se consideraran “*insiders*” del mercado laboral sujetos a las normas ordinarias sobre seguimiento, información y consulta en el lugar de trabajo, y

momento de escribir este artículo se han distribuido de manera informal diferentes versiones, en este análisis nos referimos a la propuesta original publicada en diciembre de 2021.

⁸ Los otros dos objetivos específicos son (i) “garantizar que las personas que trabajan a través de plataformas tengan —o puedan obtener— la situación laboral correcta a la luz de su relación real con la plataforma laboral digital y reciban acceso a los derechos laborales y de protección social aplicables”, y ii) “aumentar la transparencia, la trazabilidad y la sensibilización sobre la evolución del trabajo en plataformas y mejorar la aplicación efectiva de las normas referidas a todas las personas que trabajan a través de plataformas, incluidas las que operan a través de las fronteras”, exposición de motivos, 3.

⁹ Exposición de motivos, 2.

SATD. Debe admitirse que las ineficiencias de los marcos existentes, que dejan a quienes trabajan mediante plataformas desprotegidos, solo se abordan parcialmente en la versión actual de la DTP. Finalmente, la quinta sección presenta las conclusiones de este artículo¹⁰.

2. Entre bastidores del experimento de Bruselas

Abordar la gestión algorítmica no fue un objetivo de la iniciativa de la UE sobre el trabajo en plataformas desde su inicio. De conformidad con las orientaciones políticas establecidas por la presidenta von der Leyen¹¹, el programa de trabajo de la Comisión para 2021 anunció una propuesta legislativa para mejorar las condiciones laborales de las personas que prestan servicios a través de plataformas “con vistas a garantizar unas condiciones de trabajo justas y una protección social adecuada”.¹² Fue solo durante el proceso de consulta de dos etapas con los interlocutores sociales europeos que la gestión algorítmica se identificó como uno de los “rompecabezas” clave del ecosistema de la economía gig¹³. En el documento de consulta de la primera fase, la Comisión identificó los retos relacionados con la gestión algorítmica¹⁴, tal como se entiende en sentido amplio, como uno de los siete ámbitos políticos que pueden necesitar mejoras¹⁵. Durante la segunda etapa de la consulta, la gestión algorítmica se

¹⁰ Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento General de Protección de Datos).

¹¹ von der Leyen U., *A Union that strives for more, My agenda for Europe*, Comisión Europea, 2019.

¹² Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Programa de trabajo de la Comisión para 2021, Una Unión de vitalidad en un mundo de fragilidad, COM/2020/690 final, 4.

¹³ Jansen G., Daskalova V., Meijerink J., *Conclusion: Solutions to Platform Economy Puzzles and Avenues for Future Research*, in *Platform Economy Puzzles*, 2021, pp. 229-241.

¹⁴ El documento de Consulta definió la gestión algorítmica como “el mayor o menor grado de control que ejercen las plataformas digitales de trabajo a través de medios automatizados sobre la asignación, desempeño, evaluación, clasificación, revisión y otras acciones relacionadas con los servicios prestados por las personas que trabajan a través de las plataformas”. Comisión Europea, *Protecting people working through platforms: Commission launches a first-stage consultation with the social partners*, 2021, <https://bit.ly/3May6N3>, p. 5.

¹⁵ Los otros seis objetivos normativos eran la situación laboral, las condiciones de trabajo, el acceso a la protección social, el acceso a la representación y negociación colectiva, la dimensión transfronteriza del trabajo en plataformas y la formación y las oportunidades profesionales. Véase el Documento de consulta: Consulta de la primera fase de los interlocutores sociales en virtud

cristalizó como una de las tres principales áreas de preocupación, junto con la clasificación errónea y la naturaleza transfronteriza del trabajo¹⁶. Es decir, la gestión algorítmica se identificó como uno de los “impulsores internos” clave de las malas condiciones de trabajo que enfrentan los trabajadores de la plataforma¹⁷.

¿Por qué es tan crucial garantizar la equidad, la transparencia y la rendición de cuentas de las prácticas de gestión algorítmica desplegadas por las plataformas laborales digitales? ¿Qué limitaciones del acervo actual de la UE pretende superar la DTP? ¿Qué opciones se consideraron con respecto al alcance personal de las disposiciones previstas? Por último, ¿cuál fue el fundamento jurídico para introducir las disposiciones sobre gestión algorítmica en la DTP? Basándose en los datos de los documentos de consulta, el informe de evaluación de impacto¹⁸ y el estudio de apoyo¹⁹, así como en la Resolución parlamentaria de 16 de septiembre de 2021 sobre condiciones de trabajo justas, derechos y protección social para los trabajadores de plataformas²⁰, esta sección ofrece una breve descripción de estas cuestiones.

Desde el principio, es importante comprender la lógica detrás de abordar las prácticas algorítmicas en la DTP. La primera razón clave para hacerlo está relacionada con la falta de suficientes mecanismos de información, consulta y reparación²¹. Fundamentalmente, la opacidad inherente a las prácticas de gestión algorítmica puede conducir a la discriminación por motivos de edad, género, etnia u otros factores prohibidos. Como se reconoce en los documentos

del artículo 154 del TFUE sobre posibles acciones que aborden los desafíos relacionados con las condiciones de trabajo en las plataformas de trabajo, C(2021) 1127 final, p. 3.

¹⁶ Documento de consulta: Consulta de la segunda fase de los interlocutores sociales en virtud del artículo 154 del TFUE sobre posibles medidas para abordar los desafíos relacionados con las condiciones de trabajo en las plataformas de trabajo, SWD(2021) 143 final, <https://bit.ly/3wVTcZJ>.

¹⁷ Documento de trabajo de los servicios de la Comisión Informe de evaluación de impacto que acompaña al documento Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo destinada a mejorar las condiciones de trabajo en las plataformas de trabajo en la Unión Europea, SWD/2021/396 final (en adelante: evaluación de impacto), <https://bit.ly/3t62DVw>.

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ PPMI, *Study to support the impact assessment of an EU initiative on improving working conditions in platform work*, 2021, <https://bit.ly/3wnr6aG>.

²⁰ Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de septiembre de 2021, sobre condiciones laborales justas, derechos y protección social para los trabajadores de plataformas: nuevas formas de empleo vinculadas al desarrollo digital, 2019/2186(INI), <https://bit.ly/3N8S5N7>.

²¹ Evaluación de impacto, Annex A11.2.

políticos, este “problema de la caja negra”²² ha demostrado ser fundamental mucho más allá del contexto del trabajo en la economía de las plataformas, ya que afecta a todos los tipos de plataformas en línea y sistemas de IA. Aun así, sus implicaciones concretas para los trabajadores de las plataformas se han enfatizado específicamente²³. Más precisamente, se han planteado preocupaciones con respecto a las asimetrías de información y el diálogo insuficiente que existe entre las plataformas digitales y los (representantes de) las personas que trabajan a través de ellas. Otros problemas destacados se relacionan con la aparente falta de rendición de cuentas en relación con el uso de herramientas algorítmicas, dada la difusión de las funciones de gestión realizadas por las plataformas y los canales inadecuados de reparación para contrarrestar decisiones aparentemente arbitrarias²⁴.

Además, la gestión algorítmica se correlaciona con la situación laboral de las personas que realizan el trabajo en la plataforma. Las prácticas algorítmicas son uno de los principales impulsores de la clasificación errónea en este sentido, ya que ofuscan y aumentan las prerrogativas de gestión. Cuanto mayor sea el nivel de monitoreo automatizado y toma de decisiones, mayor será la probabilidad de que una persona que realiza el trabajo mediante plataforma esté “subordinada” a una plataforma y, por lo tanto, deba considerarse un empleado. Dilucidar las prácticas de gestión algorítmica puede capacitar a las personas que realizan trabajos de plataforma para llevar casos de reclasificación ante los tribunales. A modo de círculo vicioso, la ausencia de una situación de dependencia laboral hace que las personas que realizan el trabajo en plataformas sean más vulnerables a la dominación algorítmica: no disfrutan del conjunto estándar de derechos relativos a la representación colectiva, por ejemplo, ya que estos derechos están reservados principalmente a los

²² El término “caja negra” se usa aquí como una etiqueta para describir los sistemas basados en el aprendizaje automático que se caracterizan por una “falta de claridad sobre cómo se ha programado el sistema para desarrollar las reglas, según las cuales cumple su objetivo principal”. Ver Evaluación de impacto, p. 179. Para una discusión académica sobre el problema de la caja negra, ver Pasquale F., *The Black Box Society: The Secret Algorithms That Control Money and Information*, Harvard University Press, Harvard, 2015.

²³ Ver evaluación de impacto que establece que la gestión algorítmica es “un desafío casi específico del trabajo de plataforma, que no se replica en la misma medida en el contexto laboral más amplio” p. 11.

²⁴ Evaluación de impacto, Anexo A11.2, SWD(2021) 143 final.

empleados. Tampoco pueden acogerse a la protección pertinente en virtud de la Directiva sobre condiciones de trabajo transparentes y previsibles (DCTTP)²⁵, que establece importantes salvaguardias relacionadas con la transparencia y derechos de información, aunque solo para los “trabajadores”²⁶.

Aparte de la correlación entre las prácticas de gestión algorítmica y la noción de control (y, por lo tanto, de situación de dependencia laboral), durante el proceso de consulta se identificó otro impacto importante en las condiciones de trabajo. Por ejemplo, los sindicatos predijeron que mejorar la transparencia algorítmica conduciría a un aumento de los ingresos debido a la mayor posibilidad de negociar los niveles salariales y la eliminación de la suspensión o desactivación automática de las cuentas, lo que priva a los trabajadores de las posibilidades de ganar²⁷. Como resultado de una mayor claridad en términos de cómo se distribuyen las tareas, los trabajadores deben estar menos sobrecargados de trabajo y estresados y, en última instancia, más satisfechos con sus trabajos²⁸. Cualquier riesgo para la salud y la seguridad podría mitigarse mediante algoritmos de programación de una manera que considere, por ejemplo, el tiempo dedicado a esperar a que se preparen y empaqueten las comidas o esperar en los semáforos en rojo en el camino para entregar los productos.

Otro impacto destacado de la gestión algorítmica en las condiciones de trabajo está relacionado con la falta de portabilidad de las calificaciones. La incapacidad de transferir o mostrar registros sobre su trabajo pasado, reputación o relaciones con los clientes aumenta la ya alta dependencia de los trabajadores de plataformas en una o un número muy limitado de plataformas (el llamado “efecto de bloqueo”), lo que les impide invertir en una carrera independiente de

²⁵ Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre condiciones de trabajo transparentes y predecibles en la Unión Europea.

²⁶ De conformidad con el artículo 1, apartado 2, la presente Directiva se aplica a “a todos los trabajadores de la Unión que tengan un contrato de trabajo o una relación laboral conforme a lo definido por la legislación, los convenios colectivos o la práctica vigentes en cada Estado miembro, tomando en consideración la jurisprudencia del Tribunal de Justicia”. Para un análisis del ámbito personal de la DCTTP, ver Georgiou D., *The New EU Directive on Transparent and Predictable Working Conditions in the Context of New Forms of Employment*, en *European Journal of Industrial Relations*, 28, 2, 2022, pp. 193-210. Ver también Menegatti E., *The Evolving Concept of “worker” in EU law*, en *Italian Labour Law e-Journal*, 12, 1, 2019, pp. 71-83.

²⁷ PPMI anexos, nt. (19), 61.

²⁸ PPMI anexos, nt. (19), 58.

la(s) plataforma(s). El derecho a la portabilidad de los datos reputacionales representaría un medio para promover la movilidad entre plataformas.

Los “impulsores internos” de las malas condiciones de trabajo relacionadas con la gestión algorítmica son, por lo tanto, generales y específicos de la plataforma. Muchos de los desafíos generales ya han sido abordados por la otra legislación de la UE, aunque en diversos grados: instrumentos del mercado interior (por ejemplo, el Reglamento P2B [“Platform-to-Business”]²⁹), instrumentos de política social (por ejemplo, la DCTTP) e instrumentos generales (por ejemplo, el RGPD, las directivas contra la discriminación). Además, la propuesta de Ley de IA³⁰, cuando se adopte, impondrá obligaciones con respecto a la supervisión humana y la transparencia de los sistemas de IA de alto riesgo³¹. La relevancia de esto fue enfatizada enérgicamente por las plataformas y las organizaciones de empleadores, que sostuvieron que la “comprensibilidad” de los algoritmos, la supervisión humana y el derecho a la reparación, a pesar de ser importantes, ya están suficientemente garantizados dentro del marco jurídico existente. Por el contrario, los sindicatos y los representantes de los trabajadores de las plataformas afirmaron que los derechos contenidos en el RGPD deben ser más específicos para satisfacer las demandas de los trabajadores de las plataformas y, además, que la Ley de IA propuesta no responde plenamente a las especificidades de las relaciones laborales³². Por lo tanto, abogaron por el refuerzo de la transparencia, la supervisión humana, los canales de reparación, los derechos de información y consulta, así como por el fortalecimiento del derecho a la privacidad. Además, exigieron el derecho a la portabilidad de los

²⁹ Reglamento (UE) 2019/1150 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea.

³⁰ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de IA), COM/2021/206 final.

³¹ Los “sistemas de IA que se utilizan en el empleo, la gestión de los trabajadores y el acceso al autoempleo, sobre todo para la contratación y la selección de personal; para la toma de decisiones relativas a la promoción y la rescisión de contratos; y para la asignación de tareas y el seguimiento o la evaluación de personas en relaciones contractuales de índole laboral, dado que pueden afectar de un modo considerable a las futuras perspectivas laborales y los medios de subsistencia de dichas personas” son considerados de alto riesgo de acuerdo con la Ley de IA propuesta.

³² La propuesta era “traer los derechos de datos dentro del ámbito de la legislación laboral, donde actores como los sindicatos y las inspecciones laborales juegan un papel importante”, Evaluación de impacto, pp. 25-26.

datos reputacionales y la prohibición de la terminación y suspensión automatizada de cuentas³³.

Un examen minucioso del acervo vigente de la UE como parte de la evaluación de impacto llevó a la conclusión de que el marco actual deja a las personas que realizan trabajos mediante plataforma desprotegidas³⁴. En pocas palabras, se dijo que las limitaciones se derivaban, entre otras cosas, del estrecho ámbito de aplicación personal de algunos de los instrumentos existentes, que excluyen a los trabajadores autónomos (por ejemplo, la DCTTP) o a los trabajadores (por ejemplo, el Reglamento P2B). Por lo tanto, el alcance de los derechos de gestión algorítmica dependía de la situación laboral. Además, se han identificado importantes lagunas en el alcance material de estos instrumentos. Con respecto al RGPD, sus disposiciones no proporcionan a los trabajadores derechos colectivos accionables, mientras que persisten las dificultades asociadas con la prueba de si las decisiones algorítmicas afectan a los trabajadores de una manera suficientemente “significativa”³⁵. Por su parte, la propuesta de Ley de AI no tiene en cuenta las particularidades de las relaciones laborales³⁶. A fin de cuentas, la opción política preferida según la evaluación de impacto, que ahora se refleja en la DTP, era basarse en los instrumentos existentes e introducir la transparencia, la consulta, la supervisión humana y los derechos de reparación para las personas que trabajan a través de plataformas. La sugerencia de incluir el derecho a la portabilidad de los datos en la DTP no fue seguida por el legislador de la UE. Una de las razones de esta omisión fue el alto costo de garantizar la interoperabilidad de las calificaciones, que se consideró desproporcionado, especialmente para las pequeñas empresas³⁷.

Se descartó una opción para mejorar los derechos de gestión algorítmica mediante orientaciones no vinculantes sobre posibles acciones por parte de los

³³ Para obtener una sinopsis de las respuestas de los interlocutores sociales durante el proceso de consulta, consulte la Evaluación de impacto, Anexo 2.

³⁴ Para un análisis detallado de la relevancia del acervo social, laboral y del mercado interior de la UE, véase la Evaluación de impacto, Anexo 6 and 7.

³⁵ Evaluación de impacto, nt. (24), p. 142.

³⁶ Evaluación de impacto, nt. (24), p. 27.

³⁷ Evaluación de impacto, nt. (24), p. 46.

Estados miembros o las plataformas laborales digitales en este ámbito³⁸. Los sindicatos, los representantes de los trabajadores de las plataformas, algunas autoridades nacionales y académicos argumentan que únicamente una regulación vinculante que introduzca nuevos derechos materiales en materia de transparencia, consulta y supervisión humana sería una respuesta adecuada a los desafíos subyacentes a este respecto³⁹. Además, la Resolución parlamentaria expresó la necesidad de garantizar que todos los que participan en el trabajo mediante plataforma tengan derecho a una declaración motivada previa, así como a una resolución de disputas efectiva e imparcial⁴⁰.

El ámbito de aplicación personal del instrumento legislativo de la UE podría limitarse a los trabajadores de plataformas con un contrato de trabajo (incluidos los clasificados erróneamente como autónomos) o abarcar a todos los que realizan trabajos en plataformas, independientemente de su clasificación⁴¹. Esencialmente, como se expresa en la evaluación de impacto, estas opciones “se basan en la evidencia de que la gestión algorítmica es, hasta la fecha, un desafío cuasi-específico del trabajo mediante plataforma que debe abordarse como tal”⁴². Las “especificidades empresariales” del modelo de negocio de plataforma sirvieron como explicación para la introducción de derechos relacionados con la gestión algorítmica solo para aquellas personas que realizan trabajos mediante plataforma, a pesar del reconocimiento generalizado de que las prácticas algorítmicas también existen fuera de la economía de plataforma⁴³.

Sin embargo, esta cuestión distaba mucho de ser problemática. Varias partes interesadas, incluidos sindicatos y autoridades nacionales, declararon durante el proceso de consulta que la regulación de estos asuntos no debería limitarse a la economía de plataformas. El estudio de apoyo a la evaluación de

³⁸ Podría haber incluido, por ejemplo, el intercambio de mejores prácticas, campañas de información o el establecimiento de oficinas nacionales de defensores del pueblo para manejar las quejas. Esta opción fue favorecida por plataformas y algunas autoridades nacionales. Ver Evaluación de impacto, nt. (24), p. 26.

³⁹ Evaluación de impacto, nt. (24), p. 27.

⁴⁰ Punto 12.

⁴¹ En los documentos de consulta se discutió conjuntamente el ámbito personal de la Iniciativa, sin separar el ámbito personal de las disposiciones algorítmicas y otras disposiciones de la Directiva.

⁴² Evaluación de impacto, nt. (24), p. 25.

⁴³ *Ibid.*

impacto realizado por PPMI examinó la posibilidad de cubrir a todos los trabajadores sujetos a prácticas de gestión algorítmica, incluidos los que trabajan más allá de la economía de plataformas. Se determinó que la ventaja de limitar el alcance personal del instrumento sería una opción más eficiente (“más centrada”) en relación con los objetivos de la DTP⁴⁴. Fundamentalmente, optar por una regulación que apunte a la gestión algorítmica de todos los trabajadores (organizados por plataformas o no) dejaría fuera a los trabajadores autónomos de plataformas (es decir, la gran mayoría)⁴⁵. La conclusión de que la regulación no debería depender de la situación contractual de las personas que realizan trabajos en plataformas fue relativamente poco controvertida. El impacto de las prácticas algorítmicas es esencialmente el mismo para los trabajadores mediante plataformas con y sin estatus de dependencia laboral, y no genera ningún costo adicional. Además, era probable que esta opción creara unas condiciones de competencia equitativas en términos de trabajo mediante plataformas y evitara la introducción de un desincentivo para que las plataformas ofrecieran a las personas que trabajan a través de plataformas la condición de empleado.⁴⁶

Otra cuestión clave se refería a la base jurídica para introducir derechos de gestión algorítmica para todas las personas que realizan trabajos mediante plataformas, independientemente de su situación laboral. Mientras que la DTP se basa en el artículo 153, apartado 1, letra b), del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), que otorga a la UE el mandato de apoyar y complementar las actividades de los Estados miembros con el objetivo de mejorar las condiciones de trabajo de los trabajadores, la protección de los trabajadores verdaderamente autónomos requiere una base jurídica diferente. A tal fin, se optó por el artículo 16, apartado 2, del TFUE, que faculta al Parlamento Europeo y al Consejo para establecer normas relativas a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales. Esta disposición se deriva del título II del TFUE (“disposiciones de aplicación

⁴⁴ PPMI, nt. (19), p. 9.

⁴⁵ Según las estimaciones de la Comisión, nueve de cada diez plataformas activas en la UE clasifican a las personas que trabajan a través de ellas como autónomos.

⁴⁶ Evaluación de impacto, p. 46.

general”). Curiosamente, el documento de consulta de la segunda fase no hacía referencia a la posibilidad de tal base jurídica, sugiriendo en su lugar el artículo 53, apartado 1⁴⁷, el artículo 114⁴⁸ o, a falta de una base jurídica más específica, el artículo 352 del TFUE⁴⁹. Debe subrayarse que el artículo 16(2) no es una base legal para todo el capítulo III de la DTP, sino solo para aquellas disposiciones relacionadas con el procesamiento de datos personales⁵⁰. Esto ha llevado a la fragmentación del alcance personal de los derechos de gestión algorítmica en virtud de la DTP, ya que no todos los derechos contenidos en el capítulo III se refieren estrictamente a la protección de los datos personales.

3. Sobre el alcance personal y material de los derechos de “gestión algorítmica”

Esta sección ofrece una visión general razonada de las medidas legales previstas en la propuesta de Directiva. Una diferencia significativa entre el capítulo III de la DTP y el capítulo dedicado a la clasificación laboral adecuada de los trabajadores de plataformas radica en su alcance⁵¹. Más concretamente, dos categorías de trabajadores están comprendidas en el ámbito personal de la aplicación de las disposiciones de gestión algorítmica. En primer lugar, los “trabajadores de plataformas”, que se describen en el artículo 2, apartado 1, punto 4, como personas que realizan trabajos mediante plataformas y que tienen

⁴⁷ Este artículo otorga a la UE el mandato de dictar directivas que coordinen las disposiciones nacionales relativas al acceso y ejercicio de actividades por cuenta propia.

⁴⁸ Artículo 114(1) permite a la UE adoptar medidas para la “a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que tengan por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior”.

⁴⁹ Artículo 352 TFUE permite a la UE adoptar un acto necesario para alcanzar los objetivos establecidos por los Tratados cuando estos no prevén los poderes de acción necesarios (la denominada “cláusula de flexibilidad”). La evaluación de impacto menciona estas tres disposiciones (base jurídica del mercado interior) como alternativa al artículo 16, apartado 2, del TFUE. Ver SWD(2021) 396 final, p. 17.

⁵⁰ Memorando explicativo, p. 14.

⁵¹ Observar los mecanismos que pueden desencadenar la presunción de empleo va más allá del alcance de este artículo. Ver Hießl C., *The EU Commission’s proposal for a Directive on Platform Work: an overview*, en la sección monotemática de ILLeJ. Ver también Rosin A., *Towards a European Employment Status: The EU Proposal for a Directive on Improving Working Conditions in Platform Work*, en *Industrial Law Journal*, 2022; Starcevic J., *The EU Proposal For a Directive On Improving Working Conditions in Platform Work*, en *Comparative Labour Law & Policy Journal, Dispatch*, 2022. Para un resumen comparativo, ver Davidov G., Alon-Shenker P., *The ABC Test: A New Model for Employment Status Determination?*, en *Industrial Law Journal*, 2022.

un contrato de trabajo o una relación laboral definida por la legislación, el convenio colectivo o la práctica vigentes en los Estados miembros, teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁵². En segundo lugar, con la notable exclusión de las normas relativas a la información y la consulta (artículo 9), así como de las disposiciones en materia de salud y seguridad (artículo 7, apartado 1)⁵³, todas las medidas también cubren a los trabajadores verdaderamente autónomos y a otras personas que realizan trabajos mediante plataformas y que no tienen una relación laboral reconocida.

Mientras se aferra a una visión binaria de las categorías legales, este amplio ámbito de aplicación ha sido elogiado como una auténtica novedad⁵⁴. De hecho, es innegable que la elección no tiene precedentes y es audaz si se lee de acuerdo con las limitaciones legales y políticas existentes. Sin embargo, suscita algunas dudas con respecto a la creación de nuevas e innecesarias divisiones entre los trabajadores autónomos en la economía de plataformas y los contratistas independientes que operan en otras áreas del mercado laboral.

La frase “gestión algorítmica” no está definida jurídicamente en el texto propuesto de la DTP⁵⁵. Más bien, parece ser un término general que abarca tanto (i) “sistemas de seguimiento automatizados que se utilizan para monitorear, supervisar o evaluar el rendimiento laboral de los trabajadores de plataformas a través de medios electrónicos” como ii) “sistemas automatizados de toma de

⁵² Véase también Considerando 16, “personas que realicen trabajos en plataforma en la Unión que tengan, o que, sobre la base de una evaluación de los hechos, pueda considerarse que tienen un contrato de trabajo o una relación laboral tal como se definen en la legislación, los convenios colectivos o la práctica vigente en los Estados miembros, teniendo en cuenta a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”. Ver Kullmann M., ‘Platformisation’ of Work: An EU Perspective on Introducing a Legal Presumption, en *European Labour Law Journal*, 13, 1, 2021, pp. 66-88.

⁵³ Ver Kullmann M., Cefaliello A., *The draft Artificial Intelligence Act (AI Act): Offering false security to undermine fundamental workers’ rights*, en *European Labour Law Journal*, 2022.

⁵⁴ De Stefano V., Aloisi A., *The EU Commission takes the lead in regulating platform work*, Social Europe, 2021, <https://bit.ly/3zf7pUt>.

⁵⁵ La Evaluación de impacto del documento de trabajo del personal de la Comisión lo definió como “sistemas automatizados de seguimiento y toma de decisiones a través de los cuales las plataformas laborales digitales controlan o supervisan la asignación, el desempeño, la evaluación, la clasificación, la revisión y otras acciones relacionadas con el trabajo realizado por las personas que trabajan a través de plataformas”. Ver SWD(2021) 369 final, <https://bit.ly/3NpYe7u>, p. 3. Para una definición, véase Jarrahi M.H., Newlands G., Lee M.K., Wolf C.T., Kinder E., Sutherland W., *Algorithmic management in a work context*, en *Big Data & Society*, 8, 2, 2021. Ver también Borelli S., Brino V., Faleri C., Lazzeroni L., Tebano L., Zappalà L., *Lavoro e tecnologie. Dizionario del diritto del lavoro che cambia*, Giappichelli Editore, 2022.

decisiones” que se implementan para “tomar o apoyar decisiones que afectan significativamente a las condiciones de trabajo de los trabajadores de plataformas”, por ejemplo, su acceso a las tareas laborales, sus ingresos, su salud y seguridad en el trabajo, su tiempo de trabajo, su posibilidad de promoción, su situación contractual, así como la restricción, suspensión o terminación de su cuenta (artículo 6, apartado 1). Si bien están intrínseca y funcionalmente interconectados, el monitoreo y la toma de decisiones se distinguen claramente dentro de la propuesta, al igual que el conjunto de información relevante que se debe dar a los trabajadores de la plataforma.

Sin embargo, la distinción entre monitoreo automatizado y toma de decisiones automatizada es algo artificial. Los poderes del empleador operan como un continuo y son funcionalmente interdependientes⁵⁶. La estrecha supervisión de todos los aspectos de la ejecución del rendimiento no se realiza simplemente por el mero hecho de hacerlo⁵⁷; más bien, sienta las bases para la emisión de órdenes y sanciones. Es decir, el monitoreo y la toma de decisiones no están separados lógicamente ni cronológicamente. La incesante recopilación de datos de grano fino alimenta algoritmos capaces de inferir características adicionales (predicción) y dar forma a los horizontes restringidos de las opciones ofrecidas al trabajador (preferencia)⁵⁸. Iterativamente, los SATD se basan en los resultados del monitoreo, mientras que el monitoreo informa la toma de decisiones. Por lo tanto, tratar los dos como separados traiciona una comprensión demasiado estrecha y quizás obsoleta de cómo funcionan los algoritmos en contextos profesionales. Hacerlo también corre el riesgo de corroborar una visión que elimina la noción de poder de la regulación de la tecnología⁵⁹.

⁵⁶ Aloisi A., *Automation, autonomy, augmentation: labour regulation and the technological transformation of managerial prerogatives*, en Gyulavári T., Menegatti E. (Eds.), *Decent work in the digital age: European and Comparative Perspectives*, Hart Publishing, próximamente, 2022.

⁵⁷ Newlands G., *Algorithmic surveillance in the gig economy: The organization of work through Lefebvrian conceived space*, en *Organization Studies*, 42, 5, 2021, pp. 719-737.

⁵⁸ Kellogg K.C., Valentine M.A., Christin A., *Algorithms at Work: The New Contested Terrain of Control*, in *Academy of Management Annals*, 14, 2020, p. 366. Ver también Bucher E.L., Schou P.K., Waldkirch M., *Pacifying the algorithm—Anticipatory compliance in the face of algorithmic management in the gig economy*, en *Organization*, 28, 1, 2021, pp. 44-67.

⁵⁹ Hildebrandt M., *Smart Technologies and the End(s) of Law: Novel Entanglements of Law and Technology*, Edward Elgar, 2016; Véliz C., *Privacy is Power. Why and How You Should Take Back Control of Your Data*, Penguin Books, London, 2020.

El primer conjunto de derechos introducido en el capítulo III tiene como objetivo aumentar la transparencia algorítmica garantizando los derechos de información para todas las personas que realizan trabajos en la plataforma. De conformidad con el artículo 6, los Estados miembros deben aplicar medidas para que las plataformas laborales digitales informen a las personas que participan en el trabajo mediante plataforma de la adopción de sistemas de seguimiento automatizados y de los tipos de acciones “monitoreadas, supervisadas o evaluadas por dichos sistemas”, incluso cuando dichas funciones se externalizan a clientes. Cuando se trata de SATD, el catálogo de elementos a compartir es muy completo. Además de ser informados de su adopción, a todas las personas que participan en el trabajo mediante plataforma se les debe informar de “las categorías de decisiones que se toman o respaldan en dichos sistemas”, los principales parámetros que analizan dichos sistemas y su peso relativo. Además, deben ser informados de los motivos de la restricción, suspensión o cancelación de su cuenta, de cualquier negativa a proporcionar una remuneración por el trabajo que hayan realizado, de su situación contractual o de “cualquier decisión con efectos similares”⁶⁰. A más tardar el primer día hábil, así como en cualquier ocasión de cambios sustanciales y en cualquier momento a petición expresa de los trabajadores, los representantes de los trabajadores y las autoridades laborales nacionales, las plataformas están obligadas a divulgar este conjunto de información “de forma transparente, inteligible y fácilmente accesible, utilizando un lenguaje claro y sencillo” (artículo 6, apartados 3 y 4).

Las normas relativas a la minimización de datos están consagradas en el mismo artículo, en la medida en que los datos personales relacionados con el estado emocional o psicológico del trabajador no puedan procesarse, ni tampoco los datos personales de salud (excepto en casos específicos permitidos por el RGPD en virtud del artículo 9 (2) (b) a (j)). Lo mismo se aplica a los datos personales relativos a conversaciones privadas, incluida la comunicación con los representantes de los trabajadores de la plataforma en virtud del artículo 6, apartado 5, literal c), de la DTP. Además, la DTP prohíbe la recopilación de datos

⁶⁰ Vallas S., Schor J.B., *What do platforms do? Understanding the gig economy*, en *Annual Review of Sociology*, 46, 2020, pp. 273-294.

personales mientras el trabajador no ofrezca o realice trabajos mediante plataforma (artículo 6 (5) (d)). En resumen, la DTP consagra derechos de información específicos y completos en línea con las disposiciones del RGPD, aumentando así la seguridad jurídica con respecto a su interpretación en el contexto del trabajo mediante plataforma.

La introducción de meros derechos de información no sería suficiente para contrarrestar eficazmente las asimetrías de información y poder de negociación que existen entre las personas que realizan el trabajo mediante plataformas y las plataformas. Por lo tanto, la DTP introduce un deber anticipatorio de “supervisar y evaluar el impacto de las decisiones individuales adoptadas o apoyadas por sistemas automatizados de seguimiento y toma de decisiones” en las condiciones de trabajo (artículo 7, apartado 1), siguiendo un enfoque basado en el riesgo que está pasando a primer plano en la legislación de la UE⁶¹. Este proceso interno similar a la diligencia debida debe llevarse a cabo en relación con los riesgos en los ámbitos de la salud y la seguridad de los trabajadores de las plataformas (aunque solo aquellos con estatus de dependencia laboral) e implica la evaluación constante de la idoneidad de las salvaguardias introducidas para abordar dichos riesgos, así como la introducción de medidas preventivas y de protección adecuadas. En otras palabras, los legisladores nacionales podrían pedir a las plataformas que introduzcan un plan de acción constante y evolutivo que identifique y aborde los riesgos derivados de la vigilancia digital y los SATD. Lamentablemente, poco se dice sobre la documentación de los resultados del ejercicio de evaluación de riesgos o la notificación a los representantes de los trabajadores y las autoridades laborales nacionales⁶².

El artículo 8 es posiblemente el aspecto más innovador de la DTP. Las personas que realizan trabajos mediante plataformas tienen derecho a una explicación de la plataforma “por cualquier decisión *tomada* o *apoyada* por un sistema automatizado de toma de decisiones que afecte significativamente a las

⁶¹ Georgiou D., *Digital labour platforms & the world of work: Towards a fairer re-distribution of risks*, manuscrito. Ver también De Gregorio G., Dunn P., *The European risk-based approaches: Connecting constitutional dots in the digital age*, en *Common Market Law Review*, 59, 2, 2022, pp. 473-500.

⁶² Abraha H., Adams-Prassl J., Kelly-Lyth A., *Finetuning the EU's Platform Work Directive*, Oxford Business Law Blog, 2022, <https://bit.ly/37V9A4a>.

condiciones de trabajo del trabajador de la plataforma” (énfasis añadido). Este derecho es fundamental cuando se trata de exponer la lógica detrás de determinaciones, como degradar a los trabajadores en el *ranking* interno, eliminarlos de la plataforma o negar espacios bien pagados como penalización. Los trabajadores gig podrán aprender los elementos de la función algorítmica “si... entonces”, que debería permitirles comprender las consecuencias de su conducta, así como el modelo utilizado para calcular su compensación, entre otras cuestiones.

Para los aficionados a la protección de datos, esta redacción debería sonar⁶³, ya que se basa en el artículo 22 del RGPD, aunque con dos novedades notables. En primer lugar, incluso las decisiones respaldadas por SATD (y no solo basadas únicamente en el procesamiento automatizado) están cubiertas por el derecho a una explicación. En este caso, la referencia expresa al papel auxiliar de los SATD no es una sorpresa, ya que reitera la orientación interpretativa ofrecida por el Grupo de Trabajo del artículo 29, que ahora se conoce como el Comité Europeo de Protección de Datos (CEPD)⁶⁴. Como consecuencia, la validación humana residual (conocida como “*rubber-stamping*” en la jerga tecnológica) no puede usarse para negar que estas decisiones caen dentro del ámbito de SATD. En segundo lugar, y lo que es más importante, la lista del RGPD de “medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos del interesado” se amplía en la DTP, que va más allá del “obtener intervención humana por parte del responsable” para oponerse o impugnar una decisión en virtud del artículo 22, apartado 3, del RGPD.

Tras una inspección más cercana, el derecho a obtener una explicación individualizada por escrito de las decisiones importantes resurge del Preámbulo

⁶³ El debate académico sobre si existe un derecho a la explicación dentro del RGPD ha sido intenso y polarizado. Para obtener una descripción general, véase Casey B., Farhangi A., Vogl R., *Rethinking explainable machines: The GDPR’s ‘right to explanation’ debate and the rise of algorithmic audits in enterprise*, en *Berkeley Technology Law Journal*, 34, 145, 2019. Sobre la noción de “importancia”, ver Binns R., Veale M., *Is that your final decision? Multi-stage profiling, selective effects, and Article 22 of the GDPR*, en *International Data Privacy Law*, 11, 4, 2021, pp. 319-332.

⁶⁴ Grupo de Trabajo del artículo 29 (2017), *Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679* WP251rev.01, p. 21. Ver también Veale M., Edwards L., *Clarity, surprises, and further questions in the Article 29 Working Party draft guidance on automated decision-making and profiling*, en *Computer Law & Security Review*, 34, 2, 2018, pp. 398-404.

del RGPD (considerando 71) y adquiere una nueva importancia. Sin caer en la disputa tecno-legal sobre cómo hacer que una cadena de código sea explicable⁶⁵, esta disposición traslada la carga de la legibilidad *ex post* a las plataformas, que deben diseñar acuerdos organizativos *ex ante* que sean responsables en términos de sus efectos y consecuencias⁶⁶. Además de contribuir a la prevención de la injusticia, la inexactitud y la discriminación⁶⁷, las salvaguardias destinadas a hacer comprensibles las decisiones pueden servir para establecer el contenido de los sucesivos mecanismos correctivos activados por trabajadores presuntamente perjudicados, por ejemplo, en el ámbito de la salud y la seguridad en el trabajo o la normativa de no discriminación e igualdad.

Esta gran cantidad de información también podría servir para permitir a los representantes de los trabajadores y sindicatos que están mejor situados que los individuos, cuando se trata de hacer cumplir los derechos de los trabajadores por medio de litigios (estratégicos)⁶⁸. Tal como recomiendan las directrices del CEPD⁶⁹, se espera que el responsable del tratamiento encuentre formas sencillas y significativas de informar al interesado de la justificación y los criterios en que se basa una decisión. A pesar de la complejidad del funcionamiento interno de los algoritmos, la divulgación de una lista de “causas” y “efectos” representa un medio viable para cumplir con las reglas mencionadas anteriormente. Las autoridades de protección de datos (APD) a nivel nacional

⁶⁵ Para obtener una descripción general, ver Goodman B., Flaxman S., *European Union regulations on algorithmic decision-making and ‘a right to explanation’*, en *AI MAG*, 38, 2017, pp. 55-56; Hamon R., Junklewitz H., Sanchez J., *Robustness and Explainability of Artificial Intelligence – From Technical to Policy Solutions*, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2020. Ver también De Stefano V., Wouters M., *AI and digital tools in workplace management and evaluation. An assessment of the EU's legal framework*, Scientific Foresight Unit (STOA), 2022.

⁶⁶ Selbst A.D., Powles J., *Meaningful information and the right to explanation*, en *International Data Privacy Law*, 7, 2017, pp. 233-242.

⁶⁷ Xenidis R., Senden L., *EU non-discrimination law in the era of artificial intelligence: Mapping the challenges of algorithmic discrimination*, en Bernitz U., Groussot X., Paju J., de Vries S.A. (Eds.), *General Principles of EU Law and the EU Digital Order*, Kluwer Law International, 2020.

⁶⁸ Véase el Capítulo V de la Directiva de Plataformas de Trabajo sobre remedios y ejecución, en particular el Artículo 14. Ver Senatori I, Spinelli C. (eds.), *Litigation (collective) Strategies to Protect Gig Workers' Rights. A Comparative Perspective*, Giappichelli, 2022. Ver también European Trade Institute, *OSH strategic litigation at a crossroads*, 2022, <https://www.etui.org/events/osh-strategic-litigation-legal-crossroads>.

⁶⁹ Directrices sobre la toma de decisiones individuales automatizadas y la elaboración de perfiles a efectos del Reglamento, p. 25.

probablemente proporcionarán guías de reglas, cajas de herramientas y plantillas útiles para facilitar la aplicación de tales disposiciones.

Una revisión humana de las decisiones significativas se inicia a petición de la persona afectada que tiene derecho a impugnar las prácticas de las plataformas. Se debe indicar un punto de contacto, que será responsable de discutir y aclarar los hechos, circunstancias y razones detrás de la decisión. Además, las plataformas deben proporcionar una declaración escrita sobre decisiones semiautomatizadas o totalmente automatizadas con efectos críticos en áreas como la restricción, suspensión o cancelación de cuentas, la denegación de remuneración por el trabajo realizado y el estado contractual. Además, los trabajadores pueden solicitar una revisión de la decisión si la explicación no resulta convincente o si se sienten obstaculizados en relación con sus derechos. La plataforma está obligada a dar una respuesta detallada en un plazo razonable, “sin demora indebida y, en cualquier caso, en el plazo de una semana a partir de la recepción de la solicitud” (artículo 8, apartado 2).

Finalmente, los representantes de los trabajadores de las plataformas entran en la escena regulatoria⁷⁰. Los redactores de la DTP se abstienen de utilizar el término “sindicatos”, posiblemente para incluir otras iniciativas no institucionales o de base, que todavía desempeñan un papel importante en este contexto altamente fragmentado⁷¹. Dichos representantes deben ser informados y consultados sobre “decisiones que puedan conducir a la introducción o cambios sustanciales en el uso del seguimiento automatizado y la toma de decisiones” que afecten a los trabajadores de las plataformas (artículo 9). Abandonando el “excepcionalismo” hasta ahora reservado a los operadores de plataformas, también se aplica en beneficio de los trabajadores de plataformas un principio relativo a la divulgación de la adopción de tecnologías en el lugar de trabajo, que es válido en todos los segmentos del mercado laboral. Dadas las complejidades de las herramientas basadas en datos, la Directiva establece la

⁷⁰ Definido en el artículo 2(1) párrafo 5, como “organizaciones de trabajadores o representantes previstos por la legislación o prácticas nacionales, o ambos”.

⁷¹ Aloisi A., Gramano E., *Workers without workplaces and unions without unity: Non-standard forms of employment, platform work and collective bargaining*, en *Employment Relations for the 21st Century*, *Bulletin of Comparative Industrial Relations*, 107, 2019, pp. 37-57.

posibilidad de que los representantes de los trabajadores de las plataformas sean “asistidos por un experto de su elección”, cuyos costes de servicio deben ser cubiertos por la plataforma cuando el número de trabajadores de la plataforma supere los 500 en un determinado Estado miembro (artículo 9, apartado 3). Lamentablemente, estas disposiciones sobre información y consulta no se aplican a los trabajadores autónomos genuinos.

4. Puntos fuertes y débiles del enfoque de la UE

Una opinión generalizada entre los comentaristas es que, en general, la DTP está configurada para ofrecer salvaguardias significativas para todas las personas que realizan trabajos mediante plataformas. Si bien compartimos esta apreciación general de las disposiciones planificadas con respecto a la gestión algorítmica, en esta sección ofrecemos algunos comentarios críticos⁷². Se necesita una advertencia importante antes de proceder con el análisis: es probable que la redacción actual de la DTP cambie sustancialmente, tanto en términos de formulación como de alcance personal de las disposiciones.

Se puede observar tensión entre la urgencia de establecer normas vinculantes sobre gestión algorítmica y la novedad de estas disposiciones en comparación con las normas del RGPD y los derechos de protección de datos aplicables a asuntos relacionados con el empleo a nivel nacional en casi todos los países de la UE⁷³. Es bastante sorprendente que el propósito principal del Capítulo III de la DTP sea triple: proporcionar claridad para que las personas que realizan trabajo mediante plataforma queden dentro del alcance de los marcos existentes, diseñar un conjunto más completo de soluciones legales y agregar nuevos derechos materiales que se basen y complementen los actuales.

⁷² Para una crítica constructiva, ver Abraha H., Adams-Prassl J., Kelly-Lyth A., *Finetuning the EU's Platform Work Directive*; Fairwork, *Response to the European Commission's Proposal for a Directive on Platform Work*, 2021, <https://bit.ly/3QaqSeY>.

⁷³ Art. 88 del RGPD. Ver también Otto M., *Workforce Analytics' v Fundamental Rights Protection in the EU in the Age of Big Data*, en *Comparative Labour Law and Policy Journal*, 40, 3, 2019, pp. 389-404; Sartor G., Lagioia F., *The impact of the General Data Protection Regulation (GDPR) on artificial intelligence*, European Union, 2020.

Los logros preliminares en términos de litigio estratégico parecen confirmar la idoneidad (¿parcial?) de las disposiciones del RGPD para frenar la expansión desmesurada de las tecnologías basadas en algoritmos⁷⁴. Por ejemplo, el RGPD se ha movilizó con éxito en los tribunales para hacer cumplir los derechos de información, aunque ha demostrado ser un arma contundente cuando los responsables de la toma de decisiones de carne y hueso hacen la “última milla” en la toma de decisiones respaldada por algoritmos (no cumpliendo con el criterio de “decisiones basadas únicamente en el tratamiento automatizado”)⁷⁵. Algo similar ocurrió con la interpretación restrictiva del concepto de “[una decisión] que produzca efectos jurídicos en él o le afecte significativamente de modo similar.”⁷⁶. ¿Podrá la DTP superar estas limitaciones simplemente introduciendo (nuevas) reglas adaptadas a las personas que trabajan para las plataformas? Además, si la gestión algorítmica no es un fenómeno específico del trabajo mediante plataforma, ¿no sería más apropiado adoptar un instrumento legislativo con un alcance personal más amplio? Los académicos expresaron su preocupación a este respecto en los comienzos de la economía gig, mucho antes de que la adopción de la DTP fuera concebible⁷⁷.

Como se mencionó anteriormente, los redactores de la DTP eran muy conscientes de este enigma durante el proceso de consulta. En última instancia, estas preguntas se derivan de dilemas regulatorios clásicos de tecnología legal, como: (i) la mejor manera de implementar soluciones legales capaces de mantenerse al día con las tecnologías emergentes, (ii) si los principios generales pueden interpretarse y aplicarse de manera expansiva, y (iii) el riesgo de un enfoque basado en definiciones de especificación excesiva y nítidas que son

⁷⁴ Gellert R., van Bekkum M., Zuiderveen Borgesius F., *The Ola & Uber judgments: For the first time a court recognises a GDPR right to an explanation for algorithmic decision-making*, EU Law Analysis, 2021, <https://bit.ly/3uTR1Xt>. Para un enfoque en el caso español, ver Villarroel Luque C., *Workers vs Algorithms: What Can the New Spanish Provision on Artificial Intelligence and Employment Achieve?*, en *VerfBlog*, 2021, <https://verfassungsblog.de/workers-vs-ai/>.

⁷⁵ Para obtener una descripción general actualizada de TDA y el RGPD, ver Barros Vale S., Zanfir-Fortuna G., *Automated Decision-Making Under the GDPR: Practical Cases from Courts and Data Protection Authorities*, Future of Privacy Forum, 2022, <https://bit.ly/3FUGXRg>.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 23.

⁷⁷ De Stefano V., Aloisi A., *European Legal Framework for ‘Digital Labour Platforms’*, European Commission, 2018. Ver también Prassl J., Risak M., *The legal protection of crowdworkers: Four avenues for workers’ rights in the virtual realm*, en Meil P., Kirov V. (eds.), *Policy implications of virtual work*, Palgrave Macmillan, 2017, pp. 273-295.

inevitablemente propensas tanto a la obsolescencia como a la elusión. Estas no son especulaciones ociosas. Tras una inspección más cercana, el Capítulo III de la DTP está a punto de convertirse en otra pieza del rompecabezas que abarca el RGPD, la Regulación P2B, la Ley de IA⁷⁸ y varios otros instrumentos legales de la UE, incluido el DCTTP. Si este amplio conjunto de reglas no ofrece una protección significativa a las personas que realizan el trabajo mediante plataforma, es cuestionable si un capítulo sobre gestión algorítmica dentro de la DTP podría tener éxito en este esfuerzo.

Sin embargo, no se puede negar que, al nombrar esas prácticas y abordarlas en un instrumento jurídico específico y vinculante, el legislador de la UE ha enviado un mensaje claro a los operadores de plataformas. Sus coartadas centradas en la insidiosa retórica de la “caja negra”, según la cual poco se puede hacer por su parte para revelar reglas internas basadas en códigos a los trabajadores de la plataforma, ya no son creíbles. Los tribunales, las APD y las inspecciones de trabajo pueden contar ahora con un marco sólido e interconectado. Las salvaguardas procesales exigidas en la DTP, como el derecho a la información, consulta y explicación, facultan a los trabajadores de las plataformas y a sus representantes para comprender y posiblemente impugnar las decisiones tomadas algorítmicamente, al tiempo que obligan a las plataformas a rediseñar sus prácticas comerciales.

Aunque en su mayoría está en línea con la evaluación de impacto del RGPD (artículo 35)⁷⁹, el modelo de “debido proceso” previsto en la DTP es prometedor, aunque deja margen de mejora. Junto con los derechos de información y acceso en virtud de los artículos 13, 14, 15 y 88 del RGPD, este modelo promete rediseñar el actual “enfoque de control de daños *ex post*”⁸⁰, adoptando un método de precaución y participativo que es particularmente adecuado para ser leído como “amistosamente innovador”. Además, el modelo

⁷⁸ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas sobre inteligencia artificial (Ley de IA), COM/2021/206 final. Kelly-Lyth A., *European Union, the AI Act and algorithmic management*, en *Comparative Labour Law & Policy Journal*, Dispatch, 2021.

⁷⁹ Kaminski M.E., Malgieri G., *Algorithmic impact assessments under the GDPR: Producing multi-layered explanations*, en *International Data Privacy Law*, 134, 2020.

⁸⁰ De Stefano V., Taes S., *Algorithmic management and collective bargaining*, en *ETUI Foresight Brief*, 2021.

es coherente con el sistema de “ley basada en procesos” que impone ciertos requisitos con respecto al ejercicio legítimo de la prerrogativa de gestión, garantizando así tanto la transparencia como la rendición de cuentas⁸¹. De hecho, los poderes de los empleadores no son ilimitados. Deben ejercerse con arreglo a un sistema de garantías procesales y sustanciales destinadas a prevenir abusos, por ejemplo, movilizando el poder compensatorio de los representantes de los trabajadores mediante la información y la consulta.

Y hay más. Esta compartimentación de los regímenes de protección para categorías de trabajadores corre el riesgo de aumentar las incertidumbres jurídicas. Por poner solo un ejemplo, los “usuarios profesionales” (es decir, los verdaderos trabajadores autónomos) tienen derecho a aprender de los términos y condiciones “los parámetros principales que rigen la clasificación y los motivos por lo que aquellos cuentan con una importancia relativa superior a la de otros parámetros” en virtud del artículo 5 de la Regulación P2B. Gracias a la DTP, ahora tienen la oportunidad de obtener información y explicaciones sobre los resultados de la toma de decisiones automatizada, incluidas las métricas internas y sus respectivos pesos. Concomitantemente, y de alguna manera paradójicamente, los trabajadores genuinamente autónomos “aceptan” (o mejor, la DTP tolera este desvío) estar sujetos a un grado de vigilancia y toma de decisiones automatizada que probablemente permitiría a los tribunales nacionales reclasificar su relación como subordinada, con el consiguiente conjunto de protecciones más fuertes⁸².

Un grado tan escaso de autonomía contrastaría con la naturaleza misma del trabajo por cuenta propia. No obstante, debe reconocerse que los derechos de información y explicación, junto con términos y condiciones más transparentes, podrían facultar a los trabajadores autónomos para obtener pruebas que luego podrían utilizarse en el contexto de un litigio para exponer la

⁸¹ Molè M., *The Quest for Effective Fundamental Labour Rights in The European Post-Pandemic Scenario: Introducing Principles of Explainability and Understanding For Surveillance Through AI Algorithms and IoT Devices*, ponencia presentada en el XIX Congreso Internacional en Conmemoración de Marco Biagi ‘Work Beyond the Pandemic. Towards a Human-Centred Recovery’, 2022, <https://ssrn.com/abstract=4099663>.

⁸² De Stefano V., Durri I., Stylogiannis C., Wouters M., *Platform Work and the Employment Relationship*, OIT, 2021.

existencia y el alcance de un poder de mando y control que encaja perfectamente con el ejercido en el marco de una relación laboral⁸³. Sin embargo, los trabajadores autónomos de plataformas solo pueden invocar los derechos individuales de transparencia, ya que no están cubiertos por el artículo 9 sobre las obligaciones de información y consulta hacia los representantes de los trabajadores de las plataformas. Esta es una de las limitaciones más preocupantes de la Directiva propuesta, que debería abordarse en el texto final.

Al observar las iniciativas en curso relacionadas con la IA, en particular la Ley de IA, surgen otros escollos. Los sistemas de IA “que se utilizan en el empleo, la gestión de los trabajadores y el acceso al autoempleo, sobre todo para la contratación y la selección de personal; para la toma de decisiones relativas a la promoción y la rescisión de contratos; y para la asignación de tareas y el seguimiento o la evaluación de personas en relaciones contractuales de índole laboral” se identifican como un área de alto riesgo, “dado que pueden afectar de un modo considerable a las futuras perspectivas laborales y los medios de subsistencia de dichas personas” (Considerando 36 de la Ley de IA). Incluso dejando de lado el hecho de que aquí surge otra separación de las prácticas de gestión de la mano de obra⁸⁴, el texto del proyecto de regulación establece que el “procedimiento de evaluación de la conformidad” de estos sistemas en relación con las normas existentes solo estará sujeto a una autoevaluación interna *ex ante* por parte del proveedor, sin la participación de reguladores externos (como las “autoridades de vigilancia del mercado” y “autoridades nacionales de supervisión”)⁸⁵.

En el caso de los trabajadores de plataformas, este tipo de evaluación de la conformidad de la adecuación y el cumplimiento no sería suficiente, dadas las obligaciones de información y consulta que recaen en las plataformas⁸⁶.

⁸³ Hiebl C., *Case Law on the Classification of Platform Workers: Cross-European Comparative Analysis and Tentative Conclusions*, en *Comparative Labour Law & Policy Journal*, 42, 2, 2022.

⁸⁴ Kelly-Lyth A., *European Union, the AI Act and algorithmic management*, en *Comparative Labor Law & Policy Journal*, Dispatch no. 39, 2021.

⁸⁵ Biber S.E., *Machines Learning the Rule of Law: EU Proposes the World's first Artificial Intelligence Act*, en *VerfBlog*, 2021, <https://verfassungsblog.de/ai-rol/>.

⁸⁶ La formulación actual de la Ley de IA plantearía cuestiones “constitucionales” aún más complejas, ya que cortaría la cola de la legislación de protección laboral de la UE-27 sobre tecnología en el lugar de trabajo.

Entonces, paradójicamente, los trabajadores gig disfrutarán de protecciones más fuertes que las reservadas para los trabajadores “ordinarios”. Si se aprobara la Ley de IA en su formulación actual, la legislación de la UE ofrecería efectivamente salvaguardias significativas a los trabajadores de las plataformas, al tiempo que debilitaría los estándares de protección contra las mismas formas de monitoreo abusivo para todos los demás trabajadores⁸⁷.

5. Conclusiones

La gestión algorítmica es novedosa y duradera⁸⁸. Los estudiosos del derecho laboral han prestado especial atención al cambio que aporta al equilibrio de poder entre las partes⁸⁹ en una relación laboral y a sus implicaciones para la clasificación del empleo. Por lo tanto, un instrumento dirigido a la situación de los trabajadores de las plataformas sería incompleto sin abordar los desafíos relacionados con la gestión algorítmica. El capítulo III de la DTP debe leerse de conformidad con el objetivo general de esta regulación, es decir, la mejora de las condiciones de trabajo de las personas que trabajan en plataformas. En general, se reconoce que la tecnología que asume un enfoque cuasi-jerárquico es una fuente de degradación en términos de las condiciones de trabajo de todos los trabajadores mediados u organizados por plataformas, independientemente de su designación contractual (genuina o falsa), lo que lleva a horarios erráticos, estrés psicosocial, riesgo de accidentes e imprevisibilidad de los ingresos.

La transparencia algorítmica, la supervisión humana de SATD y los derechos de información y consulta ciertamente contribuyen a combatir la clasificación errónea, que representa un valor agregado significativo de la DTP. Además, garantizar la transparencia, la equidad y la rendición de cuentas de los

⁸⁷ Aloisi A., De Stefano V., *Your Boss Is an Algorithm. Artificial Intelligence, Platform Work and Labour*, Hart Publishing, Oxford, 2022.

⁸⁸ Strohmeier S., *Research in e-HRM: Review and implications*, en *Human Resource Management Review*, 17, 1, 2007, pp. 19-37. Ver también Lee M.K., Kusbit D., Metsky E., Dabbish, L., *Working with machines: The impact of algorithmic and data-driven management on human workers*, en *Proceedings of the 33rd annual ACM conference on human factors in computing systems*, 2015, pp. 1603-1612.

⁸⁹ Hießl C., *Case law on algorithmic management at the workplace*, próximamente, <https://ssrn.com/abstract=3982735>.

algoritmos puede considerarse un objetivo autónomo (aunque secundario) de la DTP, que es compartido por otras regulaciones que abordan la transformación digital en el ámbito de las relaciones laborales y más allá (por ejemplo, la Ley de Servicios Digitales, la Regulación P2B, la Ley de IA)⁹⁰. La Comisión ha hecho todo lo posible para garantizar la aplicabilidad del acervo vigente de la UE a las personas que realizan trabajos mediante plataformas, independientemente de su situación contractual. Inevitablemente, esto se ha producido a expensas de agregar otra pieza al ya complejo (y aún creciente) mosaico de instrumentos relacionados. Queda por ver si se logrará la seguridad jurídica deseada, o si la DTP solo servirá para complicar aún más el marco legal existente. En el momento de escribir este artículo, dado que la DTP está sujeta a una acalorada discusión y otros instrumentos que abordan diversas facetas de la gestión algorítmica todavía están en preparación, es demasiado pronto para emitir un juicio final al respecto⁹¹.

Sin lugar a dudas, existen buenas explicaciones que justifican el limitado ámbito personal de aplicación de las disposiciones de gestión algorítmica, que no se extienden más allá de los límites del trabajo mediante plataformas. Mientras que los académicos piden un enfoque más “universalista”⁹², la DTP podría servir como un “experimento” con una aplicación temática limitada⁹³, cuyos resultados positivos podrían conducir a la adopción de medidas paralelas destinadas a regular la totalidad de los trabajadores supervisados, administrados o reclutados por SATD. Como se indica en el documento de consulta de la

⁹⁰ Potocka-Sionek N., Aloisi A., ‘*Festina Lente*’: *The ILO and EU Agendas on the Digital Transformation of Work*, en *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 37, 1, 2021, pp. 35-64.

⁹¹ En el momento de presentar este artículo, las discusiones dentro del Consejo de la Unión Europea están en curso. El siguiente paso en el procedimiento será una lectura en el Parlamento Europeo. Ver *Follow the steps of procedure 2021/0414/COD*, https://eur-lex.europa.eu/procedure/EN/2021_414.

⁹² Kelly-Lyth A., Adams-Prassl J., *The EU’s Proposed Platform Work Directive: A Promising Step*, *VerfBlog*, 2021, <https://verfassungsblog.de/work-directive/>.

⁹³ No utilizamos esta definición de manera técnica, ya que el Capítulo III no cumple con los requisitos clave de un experimento regulatorio en términos de alcance temporal, indicación de los objetivos y transparencia y cumplimiento de los principios de legalidad. Ver en términos generales Ranchordás S., *Experimental Regulations and Regulatory Sandboxes: Law without Order?*, en *Law & Method*, 2021. Ver también Truby J., Brown R.D., Ibrahim I.A., Parellada O.C., *A Sandbox Approach to Regulating High-Risk Artificial Intelligence Applications*, en *European Journal of Risk Regulation*, 13, 2022, p. 270.

segunda fase, “si se adapta a los desafíos de gestión algorítmica en el trabajo mediante plataforma, la iniciativa podría allanar el camino para un enfoque más amplio del uso de la inteligencia artificial en el mercado laboral en un futuro próximo”⁹⁴. Esto demuestra la ambición más amplia y de mayor alcance de la Comisión.

Mucho dependerá también de la puesta a punto de las disposiciones propuestas en los próximos meses, ya que el diablo está en los detalles. Para que se produzca este ajuste, se requiere un amplio grado de inteligencia entre los interlocutores sociales, a los que se pide que los derechos existentes sean recurribles mediante litigios estratégicos, formación para reforzar los cómplices digitales, cogestión y convenios colectivos adaptativos⁹⁵. En el frente regulatorio, la transposición y aplicación de las medidas de la DTP podría ofrecer un caso en el que la eficacia de la legislación nacional específica podría probarse y reforzarse, incluidas las normas exigidas por las APD, en consonancia con la ambiciosa agenda de la UE en materia de transformación digital.

En resumen, el conjunto de disposiciones incluidas en la propuesta de DTP podría contribuir a “des-plataformizar” el mercado de trabajo al limpiarlo de uno de los legados más ubicuos y amenazantes de los modelos organizativos basados en plataformas⁹⁶. A pesar del trabajo cuesta arriba que tenemos por delante, creemos que las disposiciones de gestión algorítmica de la DTP

⁹⁴ Documento de consulta: Consulta de la segunda fase de los interlocutores sociales en virtud del artículo 154 del TFUE sobre posibles medidas para abordar los desafíos relacionados con las condiciones de trabajo en las plataformas de trabajo, SWD(2021) 143 final, p. 24.

⁹⁵ Reventlow N.J., *Making accountability real: Strategic litigation*, Digital Freedom Fund, 2020, <https://digitalfreedomfund.org/making-accountability-real-strategic-litigation/>. Para una descripción completa, ver AI Now Institute, *Litigating Algorithms: Challenging Government Use of Algorithmic Decision Systems*, AI Now Institute, 2018. Ver también TUC, *When AI is the boss: An introduction for union reps*, TUC, 2021; Prospect, *Data Protection Impact Assessments: A Union Guide*, Prospect, 2020; Lighthouse, *A Guide to Good Data Stewardship for Trade Unions*, Lighthouse, 2021; UNI Europa, *Algorithmic Management – A Trade Union Guide*, UNI Europa, 2020.

⁹⁶ Nos basamos en el término “gigificación”, que se ha utilizado ampliamente en el debate público y académico para describir las formas de trabajo “hiper-flexibles” que permiten las plataformas. Las prácticas de gestión algorítmica se han identificado como facilitadores clave de este proceso. Ver Gilbert T., *The Amazonian era. Gigification of work*, 2021, <https://bit.ly/3x8mUfj>; Behl A., Jayawardena N., Ishizaka A., Gupta M., *Gamification and Gigification: A Multidimensional Theoretical Approach*, en *Journal of Business Research*, 2021; Braganza A., Chen W., Canhoto A., Sap S., *Gigification, Job Engagement and Satisfaction: The Moderating Role of AI Enabled System Automation in Operations Management*, en *Production Planning & Control*, 2021, pp. 1-14.

representan un paso importante en el largo viaje hacia el logro de una mejor regulación de las tecnologías que rigen la fuerza laboral. Ser gestionado por un algoritmo no suele estar a la altura de la promesa emancipadora de las tecnologías modernas⁹⁷. Informada por un enfoque de “humano al mando”, la legislación laboral está plagada de estrategias de sujeción a normas para frenar los excesos de la dominación gerencial. No defraudará las expectativas, ni traicionará la larga tradición de racionalización de la prerrogativa de gestión, siempre que se implemente un proceso colectivo de regulación de la tecnología.

⁹⁷ O'Connor S., *Why are we all working so hard?*, Financial Times, 2022, [on.ft.com/3tmATvT](https://www.ft.com/3tmATvT). Ver también Salvi del Pero A., Wyckoff P., Vourc'h A., *Using Artificial Intelligence in the workplace: What are the main ethical risks?*, OECD Social, Documentos de Trabajo sobre Empleo y Migración, No. 273, OECD Publishing, 2022.

Bibliografía

- ADAMS-PRASSL, J. (2022). "Regulating algorithms at work: Lessons for a 'European approach to artificial intelligence'", *European Labour Law Journal*, 13, 1.
- AI NOW INSTITUTE (2018). *Litigating Algorithms: Challenging Government Use of Algorithmic Decision Systems*, AI Now Institute.
- ALOISI, A. (2022). "Automation, autonomy, augmentation: labour regulation and the technological transformation of managerial prerogatives", en Gyulavári, T., Menegatti, E. (Eds.), *Decent work in the digital age: European and Comparative Perspectives*, Hart Publishing.
- ALOISI, A. y DE STEFANO, V. (2022). *Your Boss Is an Algorithm. Artificial Intelligence, Platform Work and Labour*, Hart Publishing.
- ALOISI, A. y GRAMANO, E. (2019). "Workers without workplaces and unions without unity: Non-standard forms of employment, platform work and collective bargaining", *Employment Relations for the 21st Century, Bulletin of Comparative Industrial Relations*, 107.
- ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY (2017). *Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679*, WP251rev.01.
- BAIOCCO, S., FERNÁNDEZ-MACÍAS, E., RANI, U. y PESOLE, A. (2022). *The Algorithmic Management of work and its implications in different contexts*, European Commission.
- BINNS, R. y VEALE, M. (2021). "Is that your final decision? Multi-stage profiling, selective effects, and Article 22 of the GDPR", *International Data Privacy Law*, 11, 4.
- BEHL, A., JAYAWARDENA, N., ISHIZAKA, A., y GUPTA, M. (2021). *Gamification and Gigification: A Multidimensional Theoretical Approach*, *Journal of Business Research*.
- BORELLI, S., BRINO, V., FALERI, C., LAZZERONI, L., TEBANO, L. y ZAPPALÀ, L. (2022). *Lavoro e tecnologie. Dizionario del diritto del lavoro che cambia*, Giappichelli Editore.

- BRAGANZA, A., CHEN, W., CANHOTO, A. y SAP, S. (2021). “Gigification, Job Engagement and Satisfaction: The Moderating Role of AI Enabled System Automation in Operations Management”, *Production Planning & Control*.
- BUCHER, E. L., SCHOU, P. K. y WALDKIRCH, M. (2021). “Pacifying the algorithm—Anticipatory compliance in the face of algorithmic management in the gig economy”, *Organization*, 28, 1.
- CASEY, B., FARHANGI, A. y VOGL, R. (2019). “Rethinking explainable machines: The GDPR’s ‘right to explanation’ debate and the rise of algorithmic audits in enterprise”, *Berkeley Technology Law Journal*, 34.
- DAVIDOV, G. y ALON-SHENKER, P. (2022). “The ABC Test: A New Model for Employment Status Determination?”, *Industrial Law Journal*.
- DE GREGORIO, G., DUNN, P. (2022). “The European risk-based approaches: Connecting constitutional dots in the digital age”, *Common Market Law Review*, 59, 2.
- DE STEFANO, V. y ALOISI, A. (2018). *European Legal Framework for ‘Digital Labour Platforms’*, European Commission.
- DE STEFANO, V., DURRI, I., STYLOGIANNIS, C. y WOUTERS, M. (2021). *Platform Work and the Employment Relationship*, International Labour Organization.
- DE STEFANO, V. y TAES, S. (2021). *Algorithmic management and collective bargaining*, *ETUI Foresight Brief*.
- DE STEFANO, V. y WOUTERS, M. (2022). *AI and digital tools in workplace management and evaluation. An assessment of the EU’s legal framework*, Scientific Foresight Unit (STOA).
- GOODMAN, B. y FLAXMAN, S. (2021). “European Union regulations on algorithmic decision-making and ‘a right to explanation’”, *AI MAG*, 38.
- Grupo de Expertos de Alto Nivel sobre Inteligencia Artificial de la Comisión Europea (2019). *A Definition of AI: Main Capabilities and Scientific Disciplines*, European Commission.
- HAMON, R., JUNKLEWITZ, H. y SANCHEZ, J. (2020). *Robustness and Explainability of Artificial Intelligence – From Technical to Policy Solutions*, Publications Office of the European Union.

- HIEBL, C. (2022). "Case Law on the Classification of Platform Workers: Cross-European Comparative Analysis and Tentative Conclusions", *Comparative Labour Law & Policy Journal*, 42, 2.
- HILDEBRANDT, M. (2016). *Smart Technologies and the End(s) of Law: Novel Entanglements of Law and Technology*, Edward Elgar.
- INTERNATIONAL LABOUR OFFICE (2021). *World Employment and Social Outlook 2021: The role of digital labour platforms in transforming the world of work*, ILO.
- JARRAHI, M. H., NEWLANDS, G., LEE, M. K., WOLF, C. T., KINDER, E. y SUTHERLAND, W. (2021). "Algorithmic management in a work context", *Big Data & Society*, 8, 2.
- JANSEN, G., DASKALOVA, V. y MEIJERINK, J. (2021). "Conclusion: Solutions to Platform Economy Puzzles and Avenues for Future Research", *Platform Economy Puzzles*.
- KAMINSKI, M. E. y MALGIERI, G. (2020). "Algorithmic impact assessments under the GDPR: Producing multi-layered explanations", *International Data Privacy Law*, 134.
- KELLOGG, K. C., VALENTINE, M. A. y CHRISTIN, A. (2020). "Algorithms at Work: The New Contested Terrain of Control", *Academy of Management Annals*, 14.
- KELLY-LYTH, A. (2021). "European Union, the AI Act and algorithmic management", *Comparative Labour Law & Policy Journal, Dispatch*.
- KULLMANN, M. (2021). "'Platformisation' of Work: An EU Perspective on Introducing a Legal Presumption", *European Labour Law Journal*, 13, 1.
- LEE, M. K., KUSBIT, D., METSKY, E. y DABBISH, L. (2015). "Working with machines: The impact of algorithmic and data-driven management on human workers", *Proceedings of the 33rd annual ACM conference on human factors in computing systems*.
- LIGHTHOUSE (2021). *A Guide to Good Data Stewardship for Trade Unions*, Lighthouse.

- MANOKHA, I. (2020). "The Implications of Digital Employee Monitoring and People Analytics for Power Relations in the Workplace", *Surveillance & Society*, 18, 4.
- MENEGATTI, E. (2019). "The Evolving Concept of "worker" in EU law", *Italian Labour Law e-Journal*, 12, 1.
- NEULANDS, G. (2021). "Algorithmic surveillance in the gig economy: The organization of work through Lefebvrian conceived space", *Organization Studies*, 42, 5.
- OTTO, M. (2019). "'Workforce Analytics' v Fundamental Rights Protection in the EU in the Age of Big Data", *Comparative Labour Law and Policy Journal*, 40, 3.
- PASQUALE, F. (2015). *The Black Box Society: The Secret Algorithms That Control Money and Information*, Harvard University Press.
- POTOCKA-SIONEK, N. y ALOISI, A. (2021). "'Festina Lente': The ILO and EU Agendas on the Digital Transformation of Work", *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 37, 1.
- PRASSL, J. y RISAK, M. (2017). "The legal protection of crowdworkers: Four avenues for workers' rights in the virtual realm", en Meil P., Kirov V. (Eds.), *Policy implications of virtual work*, Palgrave Macmillan.
- PROSPECT (2020). *Data Protection Impact Assessments: A Union Guide*, Prospect.
- RANCHORDÁS, S. (2021). "Experimental Regulations and Regulatory Sandboxes: Law without Order?", *Law & Method*.
- ROSIN, A. (2022). "Towards a European Employment Status: The EU Proposal for a Directive on Improving Working Conditions in Platform Work", *Industrial Law Journal*.
- SALVI DEL PERO, A., WYCKOFF, P. y VOUREC'H, A. (2022). "Using Artificial Intelligence in the workplace: What are the main ethical risks?", *OECD Social, Employment and Migration Working Papers*, No. 273, OECD Publishing.
- SARTOR, G. y LAGIOIA, F. (2020). *The impact of the General Data Protection Regulation (GDPR) on artificial intelligence*, European Union.

- SELBST, A. D., POWLES, J. (2017). "Meaningful information and the right to explanation", *International Data Privacy Law*, 7.
- SENATORI, I. y SPINELLI, C. (Eds.) (2022). *Litigation (collective) Strategies to Protect Gig Workers' Rights. A Comparative Perspective*, Giappichelli.
- STARCEVIC, J. (2022). "The EU Proposal For a Directive On Improving Working Conditions In Platform Work", *Comparative Labour Law & Policy Journal, Dispatch*.
- STROHMEIER, S. (2007). "Research in e-HRM: Review and implications", *Human Resource Management Review*, 17, 1.
- TRUBY, J., BROWN, R. D., IBRAHIM, I. A. y PARELLADA, O. C. (2022). "A Sandbox Approach to Regulating High-Risk Artificial Intelligence Applications", *European Journal of Risk Regulation*, 13.
- TUC (2021). *When AI is the boss: An introduction for union reps*, TUC.
- UNI EUROPA (2020). *Algorithmic Management – A Trade Union Guide*, UNI Europa.
- VALLAS, S. y SCHOR, J. B. (2020). "What do platforms do? Understanding the gig economy", *Annual Review of Sociology*, 46.
- VEALE, M. y EDWARDS, L. (2018). "Clarity, surprises, and further questions in the Article 29 Working Party draft guidance on automated decision-making and profiling", *Computer Law & Security Review*, 34, 2.
- VÉLIZ, C. (2020). *Privacy is Power. Why and How You Should Take Back Control of Your Data*, Penguin Books.
- VILLARROEL LUQUE, C. (2021). *Workers vs Algorithms: What Can the New Spanish Provision on Artificial Intelligence and Employment Achieve?*, VerfBlog. Disponible en <https://verfassungsblog.de/workers-vs-ai/>.
- VON DER LEYEN, U. (2019). *A Union that strives for more, My agenda for Europe*, European Commission.
- WOOD, A. (2021). "Algorithmic management consequences for work organisation and working conditions", *JRC Working Papers Series*, WP No. 7.
- XENIDIS, R. y SENDEN, L. (2020). *EU non-discrimination law in the era of artificial intelligence: Mapping the challenges of algorithmic discrimination*, en

Bernitz, U., Groussot, X., Paju, J., de Vries, S. A. (Eds.), *General Principles of EU Law and the EU Digital Order*, Kluwer Law International.

Recursos electrónicos

ABRAHA, H., ADAMS-PRASSL, J. y KELLY-LYTH, A. (2022). *Finetuning the EU's Platform Work Directive*, Oxford Business Law Blog. Disponible en <https://bit.ly/37V9A4a>.

BARROS VALE, S. y ZANFIR-FORTUNA, G. (2022). *Automated Decision-Making Under the GDPR: Practical Cases from Courts and Data Protection Authorities*, Future of Privacy Forum. Disponible en <https://bit.ly/3FUGXRq>.

BIBER, S. E. (2021). *Machines Learning the Rule of Law: EU Proposes the World's first Artificial Intelligence Act*, VerfBlog. Disponible en <https://verfassungsblog.de/ai-rol/>.

DE STEFANO, V. y ALOISI, A. (2021). *The EU Commission takes the lead in regulating platform work*, Social Europe. Disponible en <https://bit.ly/3zf7pUt>.

Fairwork Response to the European Commission's Proposal for a Directive on Platform Work (2021). Disponible en <https://bit.ly/3QaqSeY>.

EUROPEAN COMMISSION (2021). *Protecting people working through platforms: Commission launches a first-stage consultation with the social partners*. Disponible en <https://bit.ly/3Ma9y6N3>.

EUROPEAN TRADE INSTITUTE (2022). *OSH strategic litigation at a crossroads*. Disponible en <https://www.etui.org/events/osh-strategic-litigation-legal-crossroads>.

GELLERT, R., VAN BEKKUM, M. y ZUIDERVEEN BORGESIU, F. (2021). *The Ola & Uber judgments: For the first time a court recognises a GDPR right to an explanation for algorithmic decision-making*, EU Law Analysis. Disponible en <https://bit.ly/3uTR1Xt>.

GEORGIU, D., *Digital labour platforms & the world of work: Towards a fairer re-distribution of risks*, manuscript.

GILBERT, T. (2021). *The Amazonian era. Gigification of work*. Disponible en <https://bit.ly/3x8mUfj>.

HIEBL, C. (forthcoming). *Case law on algorithmic management at the workplace.*

Disponible en <https://ssrn.com/abstract=3982735>.

KELLY-LYTH, A. y ADAMS-PRASSL, J. (2021). *The EU's Proposed Platform Work Directive: A Promising Step*, VerfBlog. Disponible en <https://verfassungsblog.de/work-directive/>.

KULLMANN, M. y CEFALIELLO, A. (2021). *The draft Artificial Intelligence Act (AI Act): Offering false security to undermine fundamental workers' rights.* Disponible en <https://ssrn.com/abstract=3993100>.

MOLÈ, M. (2022). *The Quest For Effective Fundamental Labour Rights in The European Post-Pandemic Scenario: Introducing Principles of Explainability and Understanding For Surveillance Through AI Algorithms and IoT Devices*, XIX Congreso Internacional en Conmemoración de Marco Biagi 'Work Beyond the Pandemic. Towards a Human-Centred Recovery'. Disponible en <https://ssrn.com/abstract=4099663>.

O' CONNOR, S. (2022). *Why are we all working so hard?*, Financial Times. Disponible en on.ft.com/3tmATvT.

PPMI (2021). *Study to support the impact assessment of an EU initiative on improving working conditions in platform work.* Disponible en <https://bit.ly/3wnr6aG>.

REVENTLOW, N. J. (2020). *Making accountability real: Strategic litigation*, Digital Freedom Fund. Disponible en <https://digitalfreedomfund.org/making-accountability-real-strategic-litigation/>.

**ACERCA DEL DERECHO DE HUELGA DE LOS JUECES,
MAGISTRADOS Y FISCALES**

**ABOUT THE RIGHT TO STRIKE OF JUDGES, MAGISTRATES
AND PROSECUTORS**

Tomás SALA FRANCO

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Valencia,
España.*

tomás.sala-franco@uv.es

Fecha de envío: 18/09/2022

Fecha de aceptación: 05/12/2022

ACERCA DEL DERECHO DE HUELGA DE LOS JUECES, MAGISTRADOS Y FISCALES

Tomás SALA FRANCO

Universidad de Valencia (España)

Resumen: El autor reflexiona sobre la titularidad del derecho de huelga de los jueces, magistrados y fiscales en la realidad española, ponderando distintos argumentos interpretativos a favor y en contra de su reconocimiento.

Palabras clave: Derecho de huelga - Jueces - Magistrados - Fiscales - Comité de Libertad Sindical de OIT.

Abstract: The author reflects on the personal scope of the right to strike by judges, magistrates and prosecutors in the Spanish reality, pondering different interpretative arguments for and against its recognition.

Keywords: Right to strike - Judges - Magistrates - Prosecutors - ILO Committee on Freedom of Association.

1.- Que, después de más de cuarenta años de Constitución, nos sigamos preguntando si los Jueces, Magistrados y Fiscales tienen o no derecho de huelga constituye en todo caso un *“fracaso institucional”*. Pero replanteemos una vez más los principios y los argumentos jurídicos al uso en un nuevo intento de superar la situación.

En el principio de todo se encuentra el Art. 28.2 de la Constitución Española (en adelante, CE), que reconoce el derecho de huelga *“a los trabajadores”*, planteando inicialmente la cuestión interpretativa de si se refiere restrictivamente solamente a los *“trabajadores con contrato de trabajo del sector privado de la Economía”* sometidos al Derecho Laboral o, más generosamente, en un sentido sociológico amplio, incluye también a los *“empleados públicos”*, esto es, a los *“trabajadores del sector público”* y a los *“funcionarios públicos”*, existiendo sobre ello un viejo y amplio debate doctrinal y jurisprudencial.

Sin entrar en esta ocasión en el debate argumental de si el precepto constitucional reconoce o no el derecho de huelga, existiendo en este sentido opiniones divididas entre los juristas, lo cierto es que la STC 11/1981, de 8 de Abril, pasó *“de puntillas”* sobre esta cuestión y eludió afirmar la inconstitucionalidad de una norma (el Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, de Relaciones de Trabajo, en adelante, RDLRT) que excluía a los funcionarios públicos de la regulación en él existente del derecho de huelga, señalando que *“el eventual derecho de huelga de los funcionarios públicos no está regulado -y, por consiguiente, tampoco prohibido- por el RDLRT 16/77”*, sin entrar a manifestarse si el Art. 28.2 de la CE incluía o no a los funcionarios públicos.

En cualquier caso, hoy día los funcionarios públicos con carácter general tienen claramente reconocido en España el derecho de huelga frente a la Administración Pública empleadora en la legislación ordinaria. Así, actualmente, el Art. 15 c) de la Ley 7/2007, de 12 de Abril, que regula el Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante, EBEP) incluye entre *“los derechos individuales que se ejercen de forma colectiva”* al *“ejercicio del derecho de huelga, con la garantía del mantenimiento de los servicios esenciales para la comunidad”*, si bien excluyendo a determinados funcionarios públicos tales como las Fuerzas Armadas, la Guardia Civil, el Cuerpo Nacional de Policía y los Jueces,

Magistrados y Fiscales, para los que se remite expresamente a su “*legislación específica*”.

Solo que, de los colectivos excluidos del EBEP, solamente las Fuerzas Armadas, la Guardia Civil y el Cuerpo Nacional de Policía y los Jueces tienen expresamente prohibido el ejercicio del derecho de huelga en sus leyes respectivas (Ley Orgánica 8/2014, de 4 de Diciembre, del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, Ley Orgánica 12/2007, de 22 de Octubre, del Régimen Disciplinario de la Guardia Civil y Ley 2/1986, de 13 de Marzo, sobre Fuerzas y Cuerpos de Seguridad), no existiendo una paralela norma legal que prohíba expresamente la huelga a los Jueces, Magistrados y Fiscales.

2.- Este enojoso silencio normativo sobre el tema se complica por cuanto los Jueces, Magistrados y Fiscales se encuentran excluidos también del reconocimiento expreso del derecho de huelga que, en el Art. 496 d) de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante, LOPJ), se establece respecto de los restantes empleados de la Administración de Justicia¹, habiendo dado sin duda lugar estos silencios normativos a interpretaciones encontradas en la doctrina interpretativa de los juristas y en las posiciones de las asociaciones profesionales de Jueces, Magistrados y Fiscales que, en general, han defendido el derecho de huelga de los mismos.

3.- Siguiendo un discurso asépticamente jurídico, cabría señalar en este sentido, y así se han producido sus defensores y detractores, la existencia de distintos argumentos interpretativos a favor y en contra del reconocimiento del derecho de huelga de los Jueces, Magistrados y Fiscales para salvar esta importante “*laguna normativa*” existente en nuestro ordenamiento jurídico. A saber:

¹ Los funcionarios a que se refiere este artículo son los pertenecientes a los Cuerpos Generales de Gestión Procesal y Administrativa, de Tramitación Procesal y Administrativa y de Auxilio Judicial y a los Cuerpos Especiales de Médicos Forenses, de Facultativos del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, de Técnicos Especialistas del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses y de Ayudantes de Laboratorio del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses.

1º) A favor del derecho de huelga de estos colectivos, se ha subrayado básicamente que una interpretación amplia del término “*trabajadores*” utilizado en el Art. 28.1 de la CE, permite defender que los funcionarios públicos sin excepción tienen reconocido el derecho de huelga y que los Jueces, Magistrados y Fiscales son a estos efectos funcionarios públicos, si bien de carácter especial, dadas las funciones que realizan. Argumentándose, además, en esta misma línea que los derechos fundamentales -y el derecho de huelga ciertamente lo es- solamente pueden ser restringidos por normas expresas y no tácitamente, debiendo aplicarse el principio general interpretativo de que “*lo que no está prohibido está permitido*”.

En sentido contrario se mantiene que la aplicación del anterior principio interpretativo resulta inconsistente ante la ambigüedad del término utilizado constitucionalmente al reconocer el derecho de huelga a los “*trabajadores*” y que no parece posible su extensión aplicativa basándose en una interpretación aislada del precepto constitucional, sino que ésta debe hacerse en relación con otros preceptos constitucionales, tales como los Arts. 117 y ss. de la CE que califican al Poder Judicial de Tercer Poder del Estado (Título VI de la CE).

2º) Por su parte, en la base de las argumentaciones contrarias al derecho de huelga se encuentra sin duda la afirmación de que el Poder Judicial es uno de los tres Poderes del Estado que estos funcionarios judiciales detentan a título individual “*imprimiéndoles carácter*” y que, al igual que sucede con los detentadores de los dos Poderes restantes - los Diputados y Senadores del Poder Legislativo y los miembros del Gobierno y altos cargos del Poder Ejecutivo- estos Poderes no pueden “*abandonarse*”, ni siquiera temporalmente, para la defensa de unos intereses profesionales acudiendo a la huelga: el Poder ha de ser ejercido sin solución de continuidad.

En consecuencia, el silencio del legislador ordinario sobre el derecho de huelga de los Jueces, Magistrados y Fiscales parece en este sentido lógico por tratarse de un Poder del Estado: también la ley guarda silencio sobre el derecho de huelga de los Diputados y Senadores o de los Altos Cargos Políticos del Poder Ejecutivo y a nadie se le ha ocurrido defenderlo.

En contra de este último argumento, se subraya que, a diferencia de los Diputados y Senadores y de los miembros del Gobierno y altos cargos del Poder Ejecutivo, los Jueces, Magistrados y Fiscales son verdaderos funcionarios públicos, ingresados por oposición (sistema “*burocrático*” de acceso a las funciones judiciales existente en España, a diferencia de lo que sucede en otros países), dependientes del Ministerio de Justicia en la determinación de sus condiciones laborales (retribuciones, horarios, vacaciones, Seguridad Social, etc.) y no políticamente elegidos o designados por otros procedimientos y sin la amplia autonomía para fijarse las propias retribuciones de que disponen los Diputados y Senadores o para proponer las retribuciones al Parlamento en el caso de los Altos Cargos del Gobierno. Añadiéndose a lo anterior que solamente estos funcionarios actúan como Poder Judicial cuando actúan en el ejercicio de esas funciones judiciales a que se refiere el Art. 117.3 de la CE y no cuando reivindicán como funcionarios públicos derechos profesionales.

Frente a esto último, sin embargo, se subraya que, con independencia del modo del nombramiento, que puede ciertamente variar de país a país, lo importante a destacar es que los Jueces, Magistrados y Fiscales ejercen una actividad claramente política (la judicial) y que por ello deben correr la misma suerte que los políticos en sentido estricto. Siendo cierto que los Jueces, Magistrados y Fiscales poseen una naturaleza ambivalente como titulares del Poder del Estado y como funcionarios públicos, coexistiendo dos tipos de relaciones con la Administración Pública empleadora -una relación “*de servicio*”, referida a las condiciones de trabajo y otra relación “*orgánica*”, referida precisamente a las funciones desarrolladas- se defiende que en el caso de los Jueces, Magistrados y Fiscales debe primar la “*relación orgánica*” (el ejercicio de la potestad pública) sobre la “*relación de servicio*” por su enorme importancia. Piénsese en este último sentido en el poder tan enorme que tienen los Jueces, Magistrados y Fiscales pudiendo decidir sobre los derechos, fundamentales o no, de todos los ciudadanos. Cabría incluso pensarse al límite, con una lógica acaso “*exagerada*”, dada la normal corta duración de estas huelgas, que el “*derecho a la tutela judicial efectiva*” del Art. 24.1 de la CE se encuentra

íntimamente relacionado con el derecho de huelga: ¿podría en este sentido un Juez en huelga dejar de resolver un proceso en plazo debido a tal situación?

Desde otro ángulo de visión, piénsese también en que la importancia de las funciones judiciales es de tal calibre que una huelga en manos de estos colectivos podría constituir un arma de presión definitiva para el Poder Ejecutivo. No olvidemos que si algún día estuviéramos ante una huelga duradera, como ha señalado algún autor, *“el potencial desestabilizador de una huelga de jueces -de una huelga sostenida, de una “huelga de verdad”- solo es equiparable a otras cosas que prefiero no nombrar”*.

Frente a esta última argumentación, referida a la importancia y a la *“necesidad permanente de los servicios”* de los Jueces, Magistrados y Fiscales, se contraargumenta que, si ello es así, cómo es posible que la ley reconozca el derecho de huelga al resto de los empleados públicos de la Administración de Justicia, sin cuya asistencia mal pueden llevarse a cabo las actuaciones judiciales más elementales. Indicándose, por otra parte, que existen otras actividades igualmente importantes realizadas por trabajadores o funcionarios públicos que no obstante ello, tienen reconocido el derecho de huelga, por ejemplo, los médicos, el personal de centrales nucleares o los empleados de prisiones.

3º) Se argumenta también en contra del derecho de huelga de estos colectivos que, a diferencia de los funcionarios públicos ordinarios, los Jueces, Magistrados y Fiscales no tienen reconocido el derecho de *“libertad sindical”* sino un simple derecho de *“asociación profesional”* (Arts. 127.1 de la CE; 4.1 c) de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de Agosto, de Libertad Sindical; 4 c) del EBEP; 401 de la LOPJ; y 54 de la Ley 50/1981, de 30 de Diciembre, sobre el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal), no pudiendo incluirse por esa vía el derecho de huelga dentro del contenido esencial del derecho de libertad sindical, como ha reconocido nuestro Tribunal Constitucional, siendo por ello coherente el no reconocimiento del derecho de huelga.

En contra de esta argumentación se señala sin embargo que, con el reconocimiento en el texto constitucional del derecho de huelga a los *“trabajadores”* y no a los *“sindicatos”*, puede haber un derecho de huelga más

allá de la libertad sindical, como lo demuestra palpablemente el RDLRT 17/1977 que admite las huelgas convocada por asambleas de trabajadores o por los representantes unitarios del personal en los centros de trabajo, pudiendo en todo caso las asociaciones profesionales de Jueces, Magistrados y Fiscales cumplir esa labor *“cuasi sindical”* de defensa de los intereses profesionales de sus asociados.

4º) Un argumento interpretativo sistemático de primer orden, enormemente expresivo de cuál sea la voluntad política del legislador ordinario actual contraria a reconocer el derecho de huelga de los Jueces, Magistrados y Fiscales, es el que ofrecen, primero, el EBEP excluyendo a estos funcionarios de su ámbito de aplicación y, por ello, del reconocimiento expreso que en él se hace del derecho de huelga para los demás funcionarios públicos y, sobre todo, la propia LOPJ, la cual, en sentido contrario al reconocimiento explícito del derecho de huelga de todos los restantes funcionarios de la Administración de Justicia en su Art. 496 d), no incluye en el mismo a los Jueces y Magistrados.

Frente a esta argumentación jurídica se contrapone no obstante la afirmación del Tribunal Constitucional, en su Sentencia de 8 de Abril de 1981, cuando señala que *“el ejercicio de un derecho fundamental depende del desarrollo legislativo que del mismo se haga, ya que normas constitucionales en las que se encuentran recogidos son directamente invocables ante los Tribunales Ordinarios de Justicia, siendo título suficiente para su ejercicio”*.

5º) Por otra parte, se argumenta, en términos de lógica interpretativa, y a mayor abundamiento, que, a diferencia de los trabajadores e, incluso, a diferencia de los funcionarios públicos ordinarios, del mismo modo que no pueden negociar convenios, acuerdos o pactos colectivos (que es *“lo menos”*), tampoco podrían declararse en huelga (que es *“lo más”*).

6º) Se ha señalado, por lo demás, en un afán de utilizar una interpretación finalista de las normas existentes, lo absurdo de que fuesen los propios Tribunales, compuestos por estos funcionarios judiciales, los que tuvieran la competencia para enjuiciar si otros ciudadanos tienen o no derecho de huelga en un caso concreto: ¿quién controlaría entonces a los controladores de la legalidad? ¿los mismos sujetos controlados? ¿los Tribunales Superiores?

7º) Finalmente, y sobre todo, para ayudar a resolver un problema jurídico interpretativo de la magnitud y ambigüedad de éste, cabría recurrir a la normativa internacional, de una evidente utilidad para interpretar los derechos constitucionales, según establece el propio Art. 10.2 de la CE: *“las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la declaración de Derechos Humanos y los Tratados y Acuerdos Internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”*.

Así, el Convenio Nº 151 de la OIT, sobre la Protección del Derecho de Sindicación y los Procedimientos para Determinar las Condiciones de Empleo en la Administración Pública del año 1981, aunque guarda también silencio sobre el derecho de huelga de los funcionarios públicos, refiriéndose únicamente a los procedimientos de solución de los conflictos, señala en este último sentido lo siguiente: *“La solución de los conflictos que se planteen con motivo de la determinación de las condiciones de empleo se deberá tratar de lograr, de manera apropiada a las condiciones nacionales, por medio de la negociación entre las partes o mediante procedimientos independientes e imparciales, tales como la mediación, la conciliación y el arbitraje, establecidos de modo que inspiren la confianza de los interesados”*.

Y, por su parte, tanto el Comité de Libertad Sindical como el Comité de Expertos de la OIT sobre la Aplicación de los Convenios y Recomendaciones coinciden en señalar que aquellas categorías de funcionarios públicos *“que ejerzan funciones de autoridad en nombre del Estado”* (y, entre ellos, los funcionarios judiciales) y que por ello puedan ver suprimido su derecho de huelga, *“deberán gozar de una protección adecuada de suerte que compense las restricciones impuestas a su libertad de acción durante los conflictos que puedan surgir”*, entendiéndose por tales *“procedimientos de conciliación y arbitraje adecuados, imparciales y rápidos en los que los interesados puedan participar en todas las etapas y en los que los laudos deban ser aplicados por completo y rápidamente”*.

4.- Haciendo, en fin, un balance de las argumentaciones anteriores esgrimidas por unos y otros, aun reconociendo la dificultad existente para concluir con una cierta rotundidad en una determinada interpretación, me inclinaría por excluir hoy y ahora del derecho de huelga en nuestro ordenamiento jurídico a los Jueces, Magistrados y Fiscales y me manifestaría a favor del establecimiento de otros procedimientos de solución de los conflictos laborales de éstos más acordes con la naturaleza de sus funciones constitucionales.

En un Estado de Derecho, del que los Jueces, Magistrados y Fiscales forman parte importantísima, por constituir el tercero de los Poderes del Estado, no parece razonable quitarle valor a la *“cuestión jurídica”* de si estos funcionarios judiciales tienen o no derecho a hacer huelga, como se ha dicho, pretendiendo que primen las lícitas reivindicaciones (los fines) sobre las huelgas (los medios). Debe quedar clara, por tanto, como *“cuestión de principio”*, que en un Estado de Derecho *“el fin no justifica los medios”* sino que son *“los medios los que justifican los fines”*.

Vaya por delante que me solidarizo *“tout court”* con muchas de las reivindicaciones de estos funcionarios públicos, incluidas las retributivas, resulten o no oportunas en el actual estado de la economía. Pero me preocupa más el Estado de Derecho.

Y que tampoco creo en la existencia de una *“mano negra”* que manipule a estos funcionarios contra este u otro Gobierno para plantear conflictos abiertos a través de huelgas. Prueba de ello es que la huelga se ha llevado ya a la práctica en dos ocasiones con Gobiernos diferentes: la del 18 de Febrero de 2009 con un Gobierno Socialista y la del 14 de Noviembre de 2012 con un Gobierno del Partido Popular.

Pero creo, al mismo tiempo, que los Jueces, Magistrados y Fiscales son funcionarios públicos con intereses profesionales que defender. Por ello, a mi juicio, de acuerdo con lo dispuesto por la OIT, deberían arbitrarse *“de lege ferenda”* sin más dilaciones -no resulta explicable en este sentido la *“pasividad normativa”* de los sucesivos Gobiernos- los adecuados procedimientos de negociación, de conciliación y, en su caso, de arbitraje para solucionar estos problemas.

En definitiva, el que existan razones para sostener que no existe un derecho a ir a la huelga no significa que no tengan problemas como funcionarios ni que sus pretensiones encaminadas a la solución de los mismos no estén fundadas o puedan ser aceptables; lo que aquí se sostiene es que existe la posibilidad y la conveniencia de prohibir la huelga de estos colectivos, pero también que esa prohibición debe ir acompañada de una vía alternativa de solución que no pase solamente por la negociación -que también- sino además por una eficaz posibilidad de mediación e incluso de arbitraje.

Pienso que la solución política a esta vía de escape podría encontrarse en el Consejo General del Poder Judicial, previendo la posibilidad de una negociación en su seno, con participación del Gobierno del Estado y de las Asociaciones Profesionales, con facultades de mediación y arbitraje en el seno del propio Consejo, bien directamente, bien a través de mediadores o árbitros pactados por las partes en conflicto o, incluso, en último extremo, designados por el propio CGPJ para la solución obligatoria del conflicto, siempre que en él se respete el requisito de imparcialidad de los árbitros. Estos procedimientos no tendrían más limitaciones que las derivadas de la Ley de Presupuestos, vinculando al Gobierno pero no a las Cortes Generales que es donde reside la soberanía nacional.

De hecho, las tres huelgas habidas en los últimos años por falta de una mínima regulación, quedaron en el limbo por falta de resolución y, por ello, creando una importante frustración en cuanto a su legalidad, en cuanto a su desenlace y en cuanto a su efectividad.

En otro caso, valdrá todo...lo que se deje hacer.

LA NUEVA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS LABORALES EN LA CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

THE NEW JUSTICIABILITY OF LABOR RIGHTS IN THE AMERICAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS

Carlos Ernesto MOLINA M.

Abogado, Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín, y Doctor en Derecho, Universidad Santo Tomás, Bogotá. Especialista en libertad sindical, OIT y universidades de Bolonia y Castilla-La Mancha, y en normas internacionales del trabajo, CINTERFOR-OIT. Profesor de posgrado en las universidades del Rosario, Javeriana, Bogotá, ICESI, Cali, y Pontificia Bolivariana, Medellín. Miembro de número 23 de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social.

cemolina38@hotmail.com

Fecha de envío: 15/11/2022

Fecha de aceptación: 05/12/2022

LA NUEVA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS LABORALES EN LA CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Carlos Ernesto MOLINA M.

Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y Seguridad Social

Resumen: En este artículo se describe y analiza la evolución que ha tenido la justiciabilidad de los derechos laborales ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Para ello se parte del debate suscitado desde fines del siglo XX, alrededor de la exigibilidad o no de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (de los cuales los laborales hacen parte), se describe después el conjunto normativo interamericano relativo a esos derechos y se expone brevemente el funcionamiento de los órganos que componen el sistema de control interamericano (la Comisión y la Corte Interamericanas de derechos humanos). Se examinan luego las tres fases que ha seguido la jurisprudencia de dicha Corte acerca de la justiciabilidad de los derechos laborales: la negativa inicial a reconocerla, su reconocimiento por conexidad con los derechos civiles y políticos y recientemente la aceptación de su justiciabilidad autónoma. Finalmente se exponen las consecuencias que esta jurisprudencia de la Corte tiene en los Estados que hacen parte de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Palabras clave: Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales - Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos - Artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos - Justiciabilidad de los derechos laborales en el sistema interamericano

Sumario: 1. Introducción. 2. Las normas laborales en el Sistema Interamericano de Protección de los derechos humanos. 3. Los organismos de protección convencional y contenciosa en el SIPDH: la Comisión y la Corte IDH. 3.1. La

Comisión Interamericana de derechos humanos. 3.2. la Corte Interamericana de derechos humanos. 4. La evolución de la justiciabilidad de las normas laborales interamericanas. 4.1. Primera fase: la no justiciabilidad de los DESCAs en el SIPDH. 4.2. Segunda fase: la justiciabilidad de los DESCAs laborales, por *conexidad* con los derechos civiles y políticos. 4.3. Tercera fase: la justiciabilidad plena de los DESCAs (incluyendo los laborales). 4.3.1. La nueva interpretación de la Corte IDH sobre el artículo 26 de la CADH. 4.3.2. La crítica a la nueva interpretación de la Corte IDH. 5. Los efectos de la nueva jurisprudencia de la Corte IDH sobre la justiciabilidad plena de los DESCAs laborales, en los Estados-partes de la Convención. 5.1. Una jurisprudencia consolidada. Algunas puntualizaciones y riesgos. 5.2. Efecto sobre el control difuso de convencionalidad. 5.3. Un nuevo mecanismo internacional para el juzgamiento subsidiario de violaciones nacionales a los DESCAs laborales.

Abstract: This article describes and analyzes the evolution of the justiciability of labor rights before the Inter-American Court of Human Rights. It begins with the debate that arose in the late 20th century about whether or not economic, social, cultural, and environmental rights (of which labor rights are a part) are justiciable; describes the group of inter-American norms related to these rights; and briefly explains how the organs of the inter-American human rights system operate (Inter-American Commission on Human Rights and Inter-American Court of Human Rights). This is followed by an examination of the three phases of the Inter-American Court's jurisprudence on the justiciability of labor rights: the initial refusal to recognize it; recognition of their justiciability due to the connection with civil and political rights; and, finally, acceptance of their autonomous justiciability. The article ends with a review of the impact of the Court's jurisprudence on states parties to the American Convention on Human Rights.

Keywords: Justiciability of economic, social, cultural and environmental rights - Inter-American system of human rights - Article 26 of the American Convention of Human Rights - Justiciability of labor rights in the inter-American system

Summary: 1. Introduction; 2. Labor norms in the inter-American system of human rights (IASHR); 3. The organs of the inter-American system for the conventional and contentious protection of human rights: the Inter-American Commission on Human Rights and the Inter-American Court of Human Rights; 3.1 The Inter-American Commission on Human Rights; 3.2 The Inter-American Court of Human Rights; 4. The evolution of the justiciability of inter-american labor norms; 4.1 Phase one: The non-justiciability of economic, social, cultural and environmental rights (ESCER) in the IASHR; 4.2 Phase two: The justiciability of labor ESCER due to their connection to civil and political rights; 4.3 Phase three: The full justiciability of ESCER (including labor rights); 4.3.1 The new interpretation of the Inter-American Court of Human Rights on Article 26 of the ACHR; 4.3.2 Criticism of this new interpretation of the Inter-American Court; 5. The impact of the new jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights on the full justiciability of labor ESCER in the states parties to the Convention; 5.1 Consolidated jurisprudence. Remarks and risks. 5.2. The impact on the diffuse conventionality control; 5.3. A new international mechanism to subsidiarily adjudicate national violations of labor ESCER.

1. Introducción

Mientras que los derechos civiles y políticos tienen su génesis en las revoluciones burguesas del siglo XVIII, los llamados “derechos sociales” (hoy comúnmente denominados “derechos económicos, sociales, culturales y ambientales”), como la salud, la educación, el trabajo, la seguridad social, etc., tienen su origen a finales del siglo XIX (por ejemplo, el seguro social en Alemania). Sus primeros desarrollos constitucionales se dieron a principios del siglo XX (constituciones de Querétaro de 1917 y Weimar de 1919), y su reconocimiento por el Derecho Internacional tuvo lugar sobre todo desde mediados de la misma centuria, por medio de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), el Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales (1966)¹ y, en el ámbito americano, la Declaración Americana de los derechos y deberes del Hombre (1948), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) y el Protocolo de San Salvador (1988).

En el marco del individualismo liberal, los derechos civiles y políticos se han concebido como derechos cuya satisfacción se cimenta en un “no hacer” por parte del Estado –“obligaciones negativas” o de abstención-, mientras que los derechos sociales se distinguen por compeler al Estado a un “hacer” -prestaciones positivas-, con la consiguiente erogación de recursos públicos para financiarlos, cuando corresponda. De estas características adjudicadas como propias de uno y otro tipo de derechos (aunque hoy generalmente se acepta que la dimensión prestacional no es exclusiva de los DESC, pues algunos derechos civiles y políticos la comparten), ha surgido la clasificación de “derechos de aplicación inmediata” para los civiles y políticos y la de “desarrollo progresivo” o “programático” para los sociales, que remarca la índole justiciable de los primeros y la no justiciable de los segundos (con matices, en algunos casos). Es decir, respectivamente, la posibilidad de hacerlos o no jurídicamente

¹ El 10 de diciembre de 2008 se profirió el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales (PIDESC), que permite la presentación de “comunicaciones” individuales y estatales sobre violación de los derechos consagrados en el PIDESC y creó un mecanismo de investigación de violaciones graves o sistemáticas de los DESC. Entró en vigor el 5 de mayo de 2013.

efectivos (justiciables) en casos concretos, por disposición de los jueces nacionales o internacionales competentes.

Desde finales del pasado siglo y aún hasta hoy, se debate en el mundo de los derechos humanos, si tal disparidad en cuanto a su justiciabilidad debe desvanecerse y en su lugar conferir tanto a los derechos civiles y políticos como a los sociales el carácter de derechos *exigibles* (por lo menos a algunos de estos últimos). La “Proclamación de Teherán”, emitida como conclusión de la Conferencia Internacional de derechos humanos de 1968, señaló que “[c]omo los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles, la realización de los derechos civiles y políticos sin el goce de los derechos económicos, sociales y culturales resulta imposible”. Y la “Declaración y programa de acción de Viena” (Conferencia Mundial de derechos humanos, 1993), indica que “[t]odos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso”.

En el ámbito interamericano, la mentada dicotomía entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales, culturales y ambientales - consagrada formalmente en los instrumentos interamericanos de derechos humanos y dominante en su interpretación-, llevó por varios años a que los organismos de control en la materia (la Comisión y la Corte interamericanas de derechos humanos), solo reconocieran justiciabilidad a los derechos civiles y políticos y no a los DESCAs, excepto los relativos a la libertad sindical y a la educación (por aplicación del art. 19-6 del Protocolo de San Salvador).

Esta situación persistió hasta principios del actual siglo, cuando la Corte IDH comenzó a reconocer la calidad de justiciables a los DESCAs (abarcando a los laborales), inicialmente por su conexidad con ciertos derechos civiles y políticos y luego por reconocerles el carácter de derechos exigibles autónomamente ante ese Tribunal.

Una aclaración importante: la posibilidad de exigir judicialmente los DESCAs como derechos subjetivos, puede darse en dos planos diferentes, el nacional y el internacional, en función, respectivamente, de si tal justiciabilidad

es admitida a nivel administrativo o judicial en la jurisdicción de cada estado, o de si el correspondiente tratado internacional la consagra y los correspondientes tribunales internacionales la aplican. Este artículo se refiere a la justiciabilidad o posibilidad de exigencia judicial de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el ámbito *internacional*, específicamente interamericano, sin abordar el análisis de su exigibilidad en ámbitos judiciales estatales específicos.

En las líneas que siguen, se describirá y analizará cómo ha sido la evolución de la jurisprudencia interamericana con respecto a la exigibilidad de los DESCAs laborales, desde la instalación de la Corte IDH en 1979, hasta el presente. Para ello, inicialmente se examinarán de forma breve las normas de índole laboral que forman parte del SIPDH; luego, se reseñarán los organismos de control político y jurisdiccional dentro del sistema (Comisión interamericana - CIDH- y Corte interamericana de derechos humanos (Corte IDH); posteriormente se explicará la evolución que, desde el punto de vista de su justiciabilidad, han tenido los DESCAs en la Corte IDH: desde la negativa inicial de ese Tribunal a reconocerles tutela a la mayoría de ellos, pasando luego por el reconocimiento indirecto de su justiciabilidad (por conexidad con los DCP), y concluyendo con su consideración como derechos justiciables autónomos (es decir, sin exigir conexidad con los DCP). Para finalizar, y a modo de conclusión, se harán algunas puntualizaciones y riesgos que entraña la nueva jurisprudencia de la Corte IDH sobre la justiciabilidad plena de los DESCAs en la CADH, y los efectos que este reconocimiento produce en los Estados que integran el SIPDH, ante sus vulneraciones de los DESCAs.

2. Las normas laborales en el Sistema Interamericano de Protección de los derechos humanos

El 7 de marzo de 1945, en la Conferencia Interamericana sobre problemas de la guerra y de la paz, celebrada en Ciudad de México, se suscribió la “Declaración de principios sociales de América”. En ella se instó a los países americanos a expedir leyes laborales que adoptaran los convenios y las recomendaciones de la OIT y en particular a prohijar políticas y normativas en

materia de salario mínimo móvil, protección social (incluyendo la maternidad y riesgos profesionales), reconocimiento de la libertad sindical, la contratación colectiva y la huelga, etc.

Esta Declaración sirvió de base para que, dos años después, en Rio de Janeiro, se prohiriera la “Carta Internacional americana de garantías sociales, o Declaración de los derechos sociales del trabajador”, contentiva de un más amplio catálogo de derechos laborales individuales, colectivos y de protección social. Con notoria inspiración en normativas de la OIT, se incluyeron en esa Carta aspectos tales como la jornada de trabajo, los descansos, el trabajo de las mujeres, la estabilidad, el aprendizaje, la conciliación y el arbitraje, el trabajo rural, etc., así como algunas directrices para la creación de jurisdicciones del trabajo en los países de la región.

Aunque las dos declaraciones (1945 y 1947), no tienen efecto vinculante para los estados, sin duda fueron el germen del SIPDH, en materia laboral.

Meses después, en abril de 1948, en la Novena Conferencia Panamericana celebrada en Bogotá, se creó la Organización de los Estados Americanos, OEA (que sustituyó la llamada “Unión de Repúblicas Americanas”, fundada en Washington en 1910) y se aprobó su instrumento constitutivo, la “Carta de la Organización de los Estados Americanos”. La Carta -modificada por los protocolos de 1967, 1985, 1992 y 1993-, señala (sobre todo en sus artículos 31 y 43), una serie de principios, como el salario y las condiciones de empleo justos, el trabajo, el reconocimiento de los derechos de asociación sindical para trabajadores y empleadores, de la negociación colectiva y de la huelga, el desarrollo de una política eficiente de seguridad social, etc.

Al instituirse la OEA en 1948, además de su Carta constitutiva, también se aprobó la “Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre”, que incluye disposiciones de índole laboral: los artículos XIV (derecho al trabajo en condiciones dignas y a recibir una remuneración justa), XVI (derecho a la seguridad social) y XXII (derecho de asociación sindical). Esta declaración fue el primer instrumento internacional en su género, anterior incluso a la “Declaración Universal de los derechos humanos”, adoptada y proclamada algunos meses después por la Asamblea General de la ONU (10 de diciembre de 1948), y al

“Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales” (o Convención Europea de derechos humanos”, Roma, 1950). Es de resaltar que, tanto la Declaración Universal, como la Americana, establecen por igual los DCP y los sociales, sin distinción. Caso diferente es el de la Convención Europea, que trata solamente de los primeros², pues los segundos serían posteriormente regulados en la Carta Social Europea.

Veintiún años después, en noviembre de 1969³, se expidió la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), o “Pacto de San José”, que entró en vigor objetivo el 18 de julio de 1978⁴, y que constituye el “esqueleto axial” del SIPDH. Por virtud de este instrumento, los estados parte se comprometen a respetar los derechos y libertades consagrados en él y a adoptar disposiciones en su derecho interno para hacerlos efectivos. Pero, además, la CADH entroniza un considerable y detallado elenco de derechos civiles y políticos (DCP), que ocupan la mayor parte de su contenido dogmático (Parte I, Capítulo II, artículos 3 a 25⁵).

En contraste con esa profusa consagración de los DCP, la CADH dedica un solo artículo a los llamados “derechos económicos, sociales y culturales” (Capítulo III), pero de forma genérica, vale decir, sin hacer un listado de ellos. Se trata del artículo 26, que bajo el rótulo de “desarrollo progresivo”, prescribe:

“Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica

² Aunque el Protocolo Adicional a la Convención (1952), incluirá el derecho a la educación (art. 2).

³ Esto, en cumplimiento de una resolución aprobada por la V Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, realizada en Santiago de Chile en agosto de 1959, en la que se pidió al Consejo de la OEA la preparación “de un proyecto de convención sobre derechos humanos”.

⁴ De los 34 estados miembros de la OEA, 24 han ratificado la CADH y aceptado la jurisdicción de la CIDH y de la Corte IDH. Es notoria la ausencia de ratificación de Estados Unidos de América y de Canadá, así como de otros estados, la mayoría de influencia inglesa. Esto hace que, en la práctica, el SIPDH sea eminentemente suramericano.

⁵ Reconocimiento de la personalidad jurídica, derecho a la vida, derecho a la integridad personal, prohibición de la esclavitud y la servidumbre, derecho a la libertad personal, derecho a garantías judiciales, respeto al principio de legalidad y de retroactividad de la pena más leve, derecho a la indemnización por error judicial, protección de la honra y la dignidad, libertad de conciencia y religión, libertad de pensamiento y expresión, derecho de rectificación y respuesta, derecho de reunión, libertad de asociación, protección de la familia, derecho al nombre, derechos del niño, derecho a la nacionalidad, derecho a la propiedad privada, derecho de circulación y de residencia, derechos políticos (de participación en la dirección de los asuntos públicos, de elegir y ser elegido y de tener acceso a las funciones públicas), igualdad ante la ley y derecho de protección judicial.

y técnica, para lograr *progresivamente* la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”.

Para desarrollar esta genérica disposición, y con base en el art. 77 de la CADH, que permite a la OEA adoptar protocolos “con la finalidad de incluir progresivamente en el régimen de protección de la misma otros derechos y libertades”, la III Conferencia Interamericana Extraordinaria (Buenos Aires, 1967) aprobó la incorporación al SIPDH de normas más amplias “sobre derechos económicos, sociales y educacionales” y resolvió que una convención interamericana sobre derechos humanos debía determinar la estructura, competencia y procedimiento de los órganos encargados de esa materia. Con base en tal mandato, se adoptó en noviembre de 1988 el “Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales”, o “Protocolo de San Salvador” (PSS), entrado en vigor en 1999.

En su art. 1º, el PSS se hace eco del carácter prestacional y *progresivo* de los DESCAs literalmente señalado por la CADH, cuando dice:

“Los Estados partes en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, *a fin de lograr progresivamente*, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo” (lo resaltado no es original).

Luego, en su art. 2º, señala la obligación de los Estados-parte de adoptar “las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos”.

De los trece artículos dedicados a los DESCAs en el PSS, cuatro son de índole laboral: los artículos 6º (derecho al trabajo), 7º (condiciones justas,

equitativas y satisfactorias de trabajo -incluyendo una remuneración mínima y equitativa, promoción, estabilidad y seguridad e higiene, la limitación de la jornada diaria y semanal y el descanso, etc.), 8-1 (derecho a organizar sindicatos y a afiliarse o no a ellos; formar federaciones y confederaciones nacionales y organizaciones internacionales; y derecho a la huelga), y el 9º (derecho a la seguridad social).

Debe resaltarse que el PSS (en su art. 19-6⁶), hace referencia expresa a un solo derecho de índole *laboral* (al lado del derecho a la educación), que podrá ser objeto de control por la Comisión IDH y por la Corte IDH (sistema de peticiones individuales): el señalado en el art. 8-1-a (derechos sindicales)⁷. Esta disposición del PSS refleja la solución a la que se llegó en 1980, dentro del debate suscitado por entonces alrededor de la justiciabilidad de los DESCAs. Así, entre la justiciabilidad plena que algunos reclamaban para los DESCAs, en igualdad de condiciones con los DCP⁸, y su no justiciabilidad internacional (dejando solo a los estados, de forma progresiva, la posibilidad de reconocerles tutela), el Protocolo adicional opta por una solución intermedia, que consiste en aceptar tanto mecanismos de control político (CIDH), como jurisdiccional (Corte IDH), solo para los derechos atinentes a la libertad sindical y a la educación, dejando por fuera el resto de los DESCAs.

Cabe anotar, de paso, que existen en este punto diferencias entre el sistema interamericano y el sistema europeo de protección de los DESCAs. Así, mientras en el primero -como acaba de describirse-, los DESCAs están

⁶ “En el caso de que los derechos establecidos en el párrafo a) del artículo 8 y en el artículo 13 fuesen violados por una acción imputable directamente a un Estado parte del presente Protocolo, tal situación podría dar lugar, mediante la participación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y cuando proceda de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a la aplicación del sistema de peticiones individuales regulado por los artículos 44 a 51 y 61 a 69 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.

⁷ “Derechos sindicales. 1. Los Estados partes garantizarán: a. el derecho de los trabajadores a organizar sindicatos y a afiliarse al de su elección, para la protección y promoción de sus intereses. Como proyección de este derecho, los Estados partes permitirán a los sindicatos formar federaciones y confederaciones nacionales y asociarse a las ya existentes, así como formar organizaciones sindicales internacionales y asociarse a la de su elección. Los Estados partes también permitirán que los sindicatos, federaciones y confederaciones funcionen libremente”.

⁸ Ver, por ejemplo, las observaciones formuladas por el gobierno de Chile al proyecto de Convención americana de derechos humanos, en 1969, puntos 14 a 17. Disponible en: [Observaciones del Gobierno de Chile al proyecto de Convención sobre Derechos Humanos \(Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, 1969\) - dipublico.org](http://dipublico.org)

consignados en una cláusula *genérica* dentro de la CADH (el art. 26), en el segundo se consagran, no dentro del Convenio Europeo de DDHH de 1950 (que se refiere exclusivamente a los DCP), sino en la Carta Social Europea (CSE) de 1961 (revisada en 1996) y en sus protocolos. Carta y protocolos que son tratados internacionales dedicados exclusivamente a los DESCAs y cuyas disposiciones se convierten en normas internas exigibles en la jurisdicción de los países que los ratifiquen. En segundo lugar, en el sistema europeo, los DESCAs contenidos en la CSE y en sus protocolos no poseen, literalmente, un talante “progresivo” (como en la CADH -art. 26- y en el Protocolo de San Salvador), sino autoejecutable o justiciable en dichas jurisdicciones nacionales, cuando ellas los ratifiquen (salvo reservas). En tercer lugar, los derechos consagrados en la CSE no tienen control jurisdiccional internacional a cargo del Tribunal Europeo de DDHH (que solamente ejerce jurisdicción sobre el Convenio Europeo de DDHH -DCP), sino un control convencional o político, mediante el Comité Europeo de Derechos Sociales y otros organismos del sistema. En América, en cambio, la CADH -como ya se dijo-, la justiciabilidad internacional de dos DESCAs (libertad sindical y educación), cuyas vulneraciones por los Estados-parte pueden ser evaluadas no solo por un organismo internacional de monitoreo político (CIDH), sino también por uno contencioso (Corte IDH). Es decir, en el sistema europeo (no confundir con el sistema comunitario europeo), la justiciabilidad de los DESCAs se da en las jurisdicciones de los estados-parte de la CSE y no ante el TEDH. Además, como se verá más adelante, en los últimos años la jurisdicción interamericana ha abierto la puerta para que los DESCAs sean justiciables ante ella.

3. Los organismos de protección convencional y contenciosa en el SIPDH: la Comisión y la Corte IDH

3.1. La Comisión Interamericana de derechos humanos

La Comisión Interamericana de derechos humanos (CIDH o la Comisión), fue creada en 1959⁹ y se estableció formalmente en 1960, cuando el Consejo de la OEA aprobó su estatuto. O sea, la CIDH es de creación anterior a la misma CADH (1969). Luego, el Protocolo de Buenos Aires la elevó a organismo constitucional de la OEA (1967) y tiempo después su organización, funciones, competencia y procedimiento fueron definidos por la CADH (1969). Su función principal es “*promover la observancia y la defensa de los derechos humanos*”¹⁰.

El Reglamento de la Comisión, en su artículo 25, faculta a ésta, en casos graves y urgentes, por iniciativa propia o por petición de parte, para solicitar a los estados miembros la adopción de *medidas cautelares* con el objeto de prevenir daños irreparables a las personas. Adicionalmente, el artículo 51 la autoriza para realizar observaciones *in loco*.

La CIDH es competente para recibir y examinar, en primer lugar, las “peticiones” individuales que contengan denuncias o quejas de violación de los derechos contenidos en la CADH, presentadas por:

“(…) cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la OEA” (...) en su propio nombre o en el de terceras personas, referentes a la presunta violación de alguno de los derechos humanos reconocidos, según el caso, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador (...)”¹¹.

Una interpretación semántica de la expresión “*los derechos (...) reconocidos (...) en el Protocolo Adicional (...)*”, lleva a limitar las “peticiones” solo a las relativas a las vulneraciones a la libertad sindical y al derecho a la educación (art. 19-6 del Protocolo, como ya se indicó); pero se verá más adelante, que, conforme a la nueva interpretación adoptada por la Corte IDH

⁹ En la V Reunión de Consulta de ministros de Relaciones Exteriores de la OEA, realizada en Santiago de Chile.

¹⁰ CADH, art. 41.

¹¹ Reglamento de la CIDH, art. 23.

sobre el art. 26 de la CADH, tales peticiones pueden formularse por violaciones a los DESCAs en general, y no solo a los dos derechos antes citados.

En segundo lugar, la CIDH recibe las “*comunicaciones*” en las que un Estado-parte alegue que otro Estado-parte ha incurrido en violaciones de los derechos humanos establecidos en la CADH. La CIDH sólo puede ejercer tal competencia si tanto el estado miembro que presenta la “*comunicación*”, como aquel contra el que se presenta, han declarado, al momento de depositar su instrumento de ratificación o adhesión a la Convención, o en cualquier momento posterior a tales actos, que reconocen esa competencia a la Comisión¹².

Finalmente, la CIDH puede aprehender *motu proprio* el conocimiento de violaciones a los derechos humanos consagrados dentro del sistema interamericano, sin que previamente haya una “*petición*” o una “*comunicación*”¹³.

3.2. La Corte Interamericana de derechos humanos

La Corte IDH fue creada por la CADH (1969), su Estatuto fue aprobado en 1979 y se instaló oficialmente en el mes de septiembre de ese mismo año en San José de Costa Rica, donde desde entonces tiene su sede.

La Corte es un tribunal internacional que tiene como misión interpretar y aplicar las disposiciones de la CADH, pero tal función la puede ejercer con respecto a un Estado, solamente cuando este haya reconocido competencia a la Corte, al ratificar o adherirse a la Convención, o por declaración o convención especial¹⁴.

La Corte IDH tiene funciones jurisdiccionales y consultivas.

En cuanto a las primeras, ella tiene competencia para determinar si un Estado-parte ha incurrido en responsabilidad internacional por violar alguno de los derechos consagrados en la CADH. Sólo pueden someter un caso a la decisión de la Corte IDH, los Estados-parte de la Convención, así como la CIDH.

¹² Reglamento de CIDH, art. 45.

¹³ Reglamento de la CIDH, art. 24.

¹⁴ CADH, art. 62. En su Opinión Consultiva OC-2/82, la Corte dijo que “la Convención entra en vigencia para un Estado que la ratifique o se adhiera a ella con o sin reservas, en la fecha del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión”.

Pero además, en el sistema interamericano opera el principio de subsidiariedad, consistente en que sus órganos de control (Comisión y Corte) solo son competentes para conocer sobre presuntas violaciones a los derechos humanos cometidas por un Estado-parte, cuando haya habido un previo agotamiento de los recursos internos dentro de este, y esos mecanismos no hayan sido idóneos y eficaces. Tal agotamiento es condición de admisibilidad del caso ante dichos órganos¹⁵. O sea, “es el propio Estado quien tiene el deber de resolver el asunto a nivel interno y reparar antes de tener que responder” ante el SIPDH¹⁶. Ello no significa que la Corte IDH sea una instancia judicial adicional a las nacionales¹⁷. La Corte, al ejercer su competencia jurisdiccional, aplica el principio *iura novit curia*, que se traduce en que ella, no está supeditada a decidir únicamente sobre las violaciones de derechos alegadas por la Comisión o el Estado denunciante, o por las víctimas, sino que también puede constatar violaciones a otros derechos diferentes a las alegadas en los escritos presentados ante ella y juzgarlas¹⁸.

A diferencia del sistema europeo de protección de los derechos humanos, en el que las personas pueden interponer acciones ante el Tribunal Europeo de DDHH (TEDH), o Tribunal de Estrasburgo¹⁹, en el sistema interamericano las personas no están facultadas para presentar *directamente* un caso ante la Corte, aunque -como ya se anotó-, el Reglamento de ésta permite la intervención de ellas durante el proceso²⁰.

¹⁵ En el Preámbulo de la CADH se señala que la protección internacional es “de naturaleza convencional, coadyuvante complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”. Tal subsidiariedad también se encuentra consagrada en los artículos 46-1-a) y 61-2 de la Convención, que estipulan el requisito de agotar los recursos internos antes de recurrir a presentar una petición ante el SIPDH.

¹⁶ Corte IDH, caso *Acevedo Jaramillo y otros vs Perú* (2006), párr. 66.

¹⁷ La Corte “no desempeña funciones de tribunal de “cuarta instancia”, ni es un tribunal de alzada o de apelación para dirimir los desacuerdos que tengan las partes sobre algunos alcances de la valoración de prueba o de la aplicación del derecho”. Corte IDH, Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs Brasil (2016), párr. 71.

¹⁸ Corte IDH, casos *Velásquez Rodríguez vs Honduras* (1989), párr. 163, y *Acosta y otros vs Nicaragua* (2017), párr. 189, entre otros.

¹⁹ Protocolo 11 del Convenio Europeo de derechos humanos (1994, entrado en vigor en 1998), art. 34, reformatorio del Protocolo 9 (1990).

²⁰ Reglamento de la Corte IDH, artículo 25.

La CIDH comparecerá y será tenida como parte ante la Corte IDH, en todos los casos relativos a la función jurisdiccional de esta²¹. También tienen derecho a participar durante el respectivo proceso las presuntas víctimas, sus familiares o sus representantes debidamente acreditados²². Incluso podrían alegar ante la Corte la violación de derechos no invocados por la Comisión²³.

En lo atinente a las funciones consultivas, la Corte puede recibir consultas de los Estados miembros de la OEA y de ciertos órganos de esta, acerca de la interpretación de la CADH o de otros instrumentos relativos a los derechos humanos. Igualmente, por solicitud de un Estado-parte, el organismo puede emitir opiniones acerca de la compatibilidad entre las leyes internas de éste y esos instrumentos internacionales²⁴.

Los fallos de este organismo son definitivos e inapelables²⁵ y de cumplimiento obligatorio para el estado que sea parte en el respectivo proceso.

4. La evolución de la justiciabilidad de las normas laborales interamericanas

En materia de justiciabilidad internacional de los DESCAs dentro el SIPDH, la Corte IDH ha adoptado tres posturas sucesivas durante su tiempo de existencia: i) la negativa inicial a reconocerles justiciabilidad a esos derechos con fundamento en el art. 26 de la CADH (es decir, los DESCAs no son derechos exigibles dentro del sistema, salvo la excepción contemplada en el art. 19-6 del Protocolo de San Salvador -libertad sindical y educación); ii) el reconocimiento *indirecto* de justiciabilidad a los DESCAs (reconocimiento de tutela, no de forma autónoma por el art. 26 convencional, sino por su conexidad con un derecho civil o político de la CADH, al que se reconoce justiciabilidad directa), y iii) la admisión de justiciabilidad autónoma (la tutela judicial se obtiene por invocación *directa* de un derecho económico, social, cultural o ambiental, al que se reconoce poder

²¹ CADH, art. 57; Estatuto de la Corte IDH, art. 28.

²² Reglamento de la Corte IDH-2010, artículo 25.

²³ Corte IDH, caso *Cinco Pensionistas vs Perú* (2003), párr. 155; Caso *Kawas Fernández vs Honduras* (2008), párr. 127, y Caso *Perozo y otros vs Venezuela* (2009), párr. 32.

²⁴ CADH, artículo 64.

²⁵ CADH, artículo 67.

normativo independiente, o sea, sin requerirse su conexidad con un derecho civil o político).

En las líneas siguientes se describirán esas tres fases, en relación específica con los derechos laborales consagrados en SIPDH:

4.1. Primera fase: la no justiciabilidad de los los DESCAs en el SIPDH

Hasta principios del presente siglo, la Corte IDH sólo admitió exigibilidad de los DCP (artículos 1 a 25 de la Convención) y no de los DESCAs por aplicación del art. 26 de la CADH. Incluso, no se registran fallos en los que ese Tribunal haya aplicado el art. 19-6 del PSS, que permite la exigibilidad ante él de los derechos a la libertad sindical y a la educación²⁶.

4.2. Segunda fase: la justiciabilidad de los DESCAs laborales, por conexidad con los derechos civiles y políticos de la CADH

A partir del año 2001, la Corte IDH da un viraje en su tradicional jurisprudencia, sostenida desde su instalación, que consistía -como se anotó *supra*- en no admitir que los DESCAs tuviesen exigibilidad ante ella, en el marco de la CADH.

En esta fase, la Corte matiza su anterior posición y admite que la violación de un DESCAs -laboral, por ejemplo-, si bien no puede ser directa, podría producirse *indirectamente* por la violación de un DCP consagrado en la Convención, que es -él sí-, directamente justiciable²⁷. Por ejemplo, el derecho a la educación, derivado del deber de protección a los niños -art. 19 de la CADH-; o la libertad de asociarse a un sindicato como derivada de la libertad general de

²⁶ La CIDH, en su Informe Anual 1983-1984, Cap. V, párr. 4, al referirse a la Carta de la OEA, señalaba que “en este instrumento no se reconocen derechos humanos cuyo cumplimiento pueda ser reclamado a un Estado, sino que se establecen objetivos de desarrollo económico y social a ser alcanzados por los Estados a través del esfuerzo interno y de la cooperación internacional”. Disponible en [Informe Anual 1983-1984 Capítulo V \(oas.org\)](http://www.oas.org).

²⁷ Ciertamente sector de doctrinantes también ha sostenido esta tesis. Al respecto, por ejemplo, Cavallaro, James L. y Schaffer, Emily J. Less as More: Rethinking Supranational Litigation of Economic and Social Rights in the Americas. *Hastings Law Journal*, Vol 56, issue 2, 1-2004, p. 227.

asociación -art. 16 de la Convención, o el derecho a una pensión causada, por conexidad con el derecho de propiedad. O sea, con esta postura la Corte realiza “una lectura social de los derechos civiles” y políticos²⁸.

Esta segunda fase de la evolución jurisprudencial de la Corte IDH con respecto a la exigibilidad de los DESCAs, se inaugura con el caso *Baena Ricardo y otros vs Panamá (2001)*. Se trató de un caso sometido ante la Corte por la CIDH, en el que el Estado de Panamá había destituido de sus cargos a 270 trabajadores públicos, que habían participado en una manifestación por reclamos laborales, y quienes además fueron acusados de ser cómplices en una asonada militar. Luego de estos hechos, la Asamblea Legislativa panameña expidió la Ley Nro. 25 de 1990, con efectos retroactivos, que autorizó la destitución de servidores públicos “que participaron y que participen en la organización, llamado o ejecución de acciones que atenten contra la democracia y el orden constitucional”. Con base en tal ley se efectuó la destitución de dichos trabajadores.

Inter alia, la Corte IDH declara violados por el Estado panameño los principios de legalidad y de irretroactividad consagrados en el artículo 9 de la CADH, en perjuicio de los 270 trabajadores víctimas, así como sus derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, consagrados en los artículos 8-1, 8-2 y 25 de la misma. También declara que el Estado violó el derecho a la libertad de asociación consagrado en el artículo 16 de la Convención (y, por conexidad con este, el derecho a la libertad de asociación sindical).

También decide que el Estado debe pagar a los 270 trabajadores mencionados (o a sus derechohabientes), los salarios caídos y demás derechos laborales que les correspondan según su legislación. Igualmente, condena al pago de indemnizaciones.

Finalmente, la Corte dispone la reinstalación en sus cargos de los 270 trabajadores víctimas y, si ello no fuera posible, el Estado deberá brindarles

²⁸ Santaolaya Machetti, Pablo y Díaz Ricci, Sergio M “Los derechos económicos, sociales y culturales y la protección de grupos vulnerables, en García Roca, Javier, *et al* (editores), *El diálogo entre los sistemas europeo y americano de los derechos humanos*, Madrid, Ed. Civitas, 2012, pp. 312 y 313.

alternativas de empleo que respeten las condiciones y salarios que tenían al momento de ser despedidos.

Algunos fallos en el mismo sentido, son:

- *Huilca Tecse vs Perú (2005)*. La Corte IDH condena al Estado peruano por violar el derecho a la vida (art. 4-1), así como el “derecho a la libertad de asociación, en relación con la libertad sindical” (art. 16).

- *Trabajadores cesados del Congreso vs Perú (2006)*. Se ordena garantizar a los trabajadores destituidos el acceso a un recurso sencillo, rápido y eficaz, ante un “órgano independiente e imparcial que cuente con facultades para decidir en forma vinculante y definitiva si esas personas fueron cesadas regular y justificadamente” de sus cargos en el Congreso de la República. También ordena el pago de una indemnización a cada una de ellas, para resarcirles el daño inmaterial inflingido.

- *Acevedo Buendía vs Perú (2009)*. Violación de los derechos a la protección judicial y a la propiedad (artículos 25 y 21 de la CADH), causada por el incumplimiento de las sentencias que ordenaron el pago correcto de las pensiones.

- *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs Brasil (2016)*. Se declara responsable al estado brasileño, por la violación del art. 6-1 de la CADH (derecho a no ser sometido a esclavitud y trata de personas), en el marco de una situación de discriminación estructural histórica. Ordena adoptar las medidas necesarias para garantizar la no prescripción del delito de esclavitud y sus formas análogas y a pagar indemnizaciones a las víctimas por daño inmaterial.

Este cambio de postura jurisprudencial será mantenido por la Corte hasta finales de la segunda década del presente siglo, como se explicará enseguida.

4.3. Tercera fase: la justiciabilidad plena de los DESCAs (incluyendo los laborales)

4.3.1. La nueva interpretación de la Corte IDH sobre el art. 26 de la CADH

A partir de 2017, la Corte IDH -no de forma unánime, pero sí por el voto mayoritario de sus jueces-, admite que los DESCAs pueden ser objeto de justiciabilidad *directa* y no simplemente de justiciabilidad indirecta²⁹. Es decir, por primera vez en su historia reconoce al art. 26 de la CADH un alcance autoejecutable, que va más allá de la mera obligación para los Estados-parte de impulsar la progresividad y no regresividad de los DESCAs. Todo ello, en concordancia con las obligaciones generales de respeto a los derechos (art. 1-1) y 2 (adopción por el estado de disposiciones en su derecho interno), señaladas en la CADH. Además -recalca-, los DESCAs y los DCP son indivisibles y complementarios, lo que constituye para ella un argumento fuerte para reconocerles justiciabilidad directa también a los primeros. El Tribunal reevalúa el art. 26 convencional, con base en una “interpretación evolutiva” de la Convención, fundada en el principio *pro persona* y en los artículos 31 (regla general de interpretación) y 32 (medios de interpretación complementarios) de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados (CVDT).

Aunque en su fallo sobre el caso *Acevedo Buendía vs Perú (2009)*, la Corte IDH había afirmado que ella es competente para juzgar la responsabilidad estatal por incumplimiento de los derechos reconocidos en la Convención, “inclusive en lo concerniente al artículo 26 de la misma”, el verdadero *leading case* en esta nueva fase fue *Lagos del Campo vs Perú (2017)*, en el cual, según sus palabras, “se desarrolla y concreta una condena específica por la violación del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dispuesto en el Capítulo III, titulado Derechos Económicos, Sociales y Culturales de este tratado” (párr. 154).

²⁹ Desde tiempo atrás, dentro del gran debate acerca de la exigibilidad de los DESCAs, distinguidos doctrinantes en América han defendido la tesis de su justiciabilidad en el marco del SIPDH. *Inter alia*, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el Sistema Interamericano de derechos humanos*, UNAM, México, 2017, pp. 53 y ss.; Abramovich, Víctor y Courtis, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Ed. Trotta, 2002; Cancado Trindade, Antonio Augusto, *La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el plano internacional*, disponible en [30948-27953-1-PB \(1\).pdf](#); Carbonell, Miguel y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Los derechos sociales y su justiciabilidad directa*, UNAM, 2014; Pinto, Mónica, *Cumplimiento y exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el marco del Sistema Interamericano. Avances y desafíos actuales*, UNAM, Bibliotecas jurídicas, 2012, disponible en [Cumplimiento y exigibilidad de los DESCAs en el SIPDH-Mónica Pinto.pdf](#)

En esta sentencia la Corte condena al Estado peruano por violar los derechos del Sr. Alfredo Lagos del Campo a la libertad de pensamiento y expresión en el contexto laboral y a las garantías judiciales, reconocidos en los artículos 13-2 y 8-2 de la CADH, en relación con su artículo 1-1. El Tribunal interamericano encuentra que el estado no protegió a la víctima ante el despido arbitrario de que fue objeto, como consecuencia de unas declaraciones dadas por ella a un medio de prensa, en su calidad de representante de los trabajadores, contra la empresa en la que laboraba. También condena al Estado -y acá viene el cambio importante-, por la violación del artículo 26 de la Convención y concretamente del derecho a la estabilidad laboral, en relación con sus artículos 1-1, 13, 8 y 16, y por la violación al derecho a la libertad de asociación, reconocido en los artículos 16 y 26 de la misma, en relación con sus artículos 1-1, 13 y 8. Adicionalmente, la Corte condena al estado a pagar indemnizaciones, por concepto de compensación por daño material e inmaterial, daños morales, costas, etc.

Luego de esta sentencia, la Corte IDH ha reiterado su postura acerca de la exigibilidad directa de los DESCAs (entre 2017 y finales de 2022 ha emitido más de veinte fallos en ese sentido). A continuación, se describirán sucintamente las resoluciones de la Corte en materias *laborales* en seis de los casos más representativos:

- *Trabajadores cesados de Petroperú vs Perú (2017)*. Condena al Estado por violación al derecho al trabajo (art. 26 en relación con el art. 1-1) y ordena el pago de indemnizaciones por daños materiales e inmateriales.

- *San Miguel Sosa y otras vs Venezuela (2018)*. Despido discriminatorio encubierto. La Corte declara que “el Estado es responsable por la violación del derecho al trabajo, reconocido en el artículo 26 de la Convención, en relación con los derechos a la participación política”, a la libertad de expresión y pensamiento y de acceso a la justicia, en relación con el principio de no discriminación.

- *Spoltore vs Argentina (2020)*. Enfermedad cardíaca del trabajador, de origen profesional. La Corte encuentra que se violó el derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias, un “derecho protegido por el art. 26 de la

Convención”. El Tribunal halla que, como parte integrante del derecho al trabajo en condiciones equitativas y satisfactorias, se encuentra la prevención de accidentes y enfermedades profesionales como medio para garantizar la salud del trabajador, lo cual constituye una obligación “de exigibilidad inmediata”.

- *Empleados de la Fábrica de fuegos en Santo Antonio de Jesús vs Brasil (2020)*. La Corte IDH declara que el estado brasileño es internacionalmente responsable por la violación de los derechos de los niños a igual protección de la ley, a la prohibición de discriminación y al trabajo, contenidos en los artículos 19, 24 y 26, en relación con el artículo 1-1 de la Convención.

- *Buzos miskitos (Lemoth Morris y otros) vs. Honduras (2021)*. Muertes y lesiones por accidentes de trabajo. La Corte encuentra que el estado de Honduras violó, aparte del derecho a la integridad personal de las víctimas (en relación con el art. 1-1 de la Convención), “el derecho al trabajo y sus condiciones justas, equitativas y satisfactorias, a la seguridad social, y a la igualdad y no discriminación, establecidos en los artículos 4-1, 5-1, 8-1, 19, 24, 25-1 y 26, en relación con los artículos 1-1 y 2” de la Convención. También ordena una serie de medidas compensatorias, de reparación e indemnizatorias, en favor de las víctimas y sus familias.

- *Pavez Pavez vs Chile (2022)*. Discriminación en el trabajo, por orientación sexual. La Corte IDH encuentra que el Estado chileno es responsable por la vulneración de los derechos a la igualdad y no discriminación, a la libertad personal, a la vida privada y al trabajo, contenidos en los artículos 1-1 y 24, 7-1, 11-2, y 26 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1-1 del mismo instrumento.

4.3.2. La crítica a la nueva interpretación de la Corte IDH

La exigibilidad de los DESCAs es el objeto de un larguísimo debate doctrinal y jurisprudencial, tanto en los niveles nacionales como internacionales, en el que se han enfrentado dos posiciones: quienes sostienen que los DESCAs,

en principio, no son justiciables, y sus antagónicos, quienes defienden la justiciabilidad de ellos, equiparándolos en ese sentido a los DCP.

En líneas previas se ha esbozado la senda que ha seguido el asunto de la exigibilidad de los DESCAs en la jurisprudencia interamericana, hasta su actual fase de justiciabilidad autónoma. Pero vale la pena describir la postura contradictoria a la anterior, o sea, la que sostiene que en el SIPDH los DESCAs no son justiciables por la Corte IDH, salvo la libertad sindical y el derecho a la educación (art. 19-6 del PSS). En efecto, dentro de la Corte IDH la decisión de reconocer exigibilidad a los DESCAs no ha sido pacífica ni unánime, y por el contrario varios de sus jueces -en proporción minoritaria- han expuesto su discordancia con esa postura.

Un resumen de los principales argumentos de esta postura³⁰, es el siguiente:

- No se niega la existencia de los DESCAs como derechos humanos, pero la Corte IDH carece de competencia, al amparo del art. 26 de la CADH, para conocer y juzgar las violaciones de esos derechos por los Estados-parte. Ello sin perjuicio de que dichas vulneraciones puedan ser justiciables ante las jurisdicciones de esos estados, cuando sus ordenamientos constitucionales así lo dispongan.

- Con respecto a los DESCAs, la Convención impone a los Estados-parte una obligación de hacer o de comportamiento y no una de resultado, consistente aquella en que ellos deberán “adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr *progresivamente* la plena efectividad de los derechos” que ella señala, lo que deberán lograr “en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”.

- El eje del sistema interamericano de protección de los DDHH es la CADH. Este instrumento versa fundamentalmente sobre los DCP, pues contiene

³⁰ Los argumentos que aquí se consignan se basan sobre todo en los votos disidentes o parcialmente concurrentes de varios de tales jueces (en particular de Patricia Pérez Goldberg, Humberto Sierra Porto y Eduardo Vío Grossi), formulados en diversas sentencias de la Corte, en las que, por mayoría, ella ha reconocido justiciabilidad indirecta o directa a los DESCAs por el art. 26 de la CADH.

un catálogo detallado de ellos y establece controles convencionales o de monitoreo (especialmente la CIDH) y contenciosos (Corte IDH), para su justiciabilidad internacional en el continente. Sin embargo, con respecto a los DESCAs, literalmente hablando la Convención establece un control, que es claramente *no* jurisdiccional (Corte IDH), sino esencialmente político o convencional (especialmente ante la CIDH). Ello con excepción de dos derechos sociales, señalados expresamente por el art. 19-6 del PSS: la libertad sindical y la educación. Es decir, solo estos dos derechos sociales pueden exigirse a los Estados-parte ante la jurisdicción interamericana, mientras que los restantes DESCAs solo pueden ser objeto de control convencional (CIDH) y no contencioso. Así, en virtud del art. 26, la Corte IDH solo puede declarar la responsabilidad internacional del Estado-parte por el incumplimiento de las obligaciones generales de desarrollo progresivo y no regresividad de los DESCAs, pero no por la violación específica de estos.

- La llamada por la Corte como “interpretación evolutiva” del art. 26 de la Convención -supuestamente fundada en el principio *pro persona*-, es deficiente, pues no tiene en cuenta que la correcta interpretación de un tratado internacional debe considerar todos los métodos interpretativos señalados por la Convención de Viena (artículos 31 y 32), y no solo uno de ellos (el evolutivo, en este caso). También deben convocarse a la tarea hermenéutica otros métodos, como el semántico o literal, el sistemático y el teleológico, pues no existe un método prevalente y todos son complementarios. Con respecto al principio *pro persona*, este debe aplicarse cuando la Corte se encuentre frente a dos posibles interpretaciones válidas y ciertas, pero no para derivar -como lo hace la Corte-, un enunciado normativo, o sea para validar una opción interpretativa, que no se desprende de la norma y que entraña una modificación a esta.

- La CADH indica que los derechos civiles y políticos y los DESCAs, aunque están estrechamente vinculados entre sí, son distintos y tienen un tratamiento diferenciado. El hecho de que en el Preámbulo de la Convención se reconozca que la persona debe gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos, no lleva a que el efecto útil del artículo 26 consista en que la violación de los primeros sea justiciable

ante la Corte, sino que hay una obligación de los Estados de adoptar las providencias pertinentes para hacer *progresivamente* efectivos dichos derechos, de acuerdo con los recursos disponibles.

- El tenor literal del art. 26 de la CADH no reconoce ningún derecho social específico, ni establece ningún catálogo de los DESCAs, sino que remite a las normas de la Carta de la OEA al respecto. Pero a su vez, la Carta tampoco entroniza un catálogo claro y preciso de derechos subjetivos, que permita derivar de ella obligaciones exigibles a los Estados-parte. No establece tampoco obligaciones de resultado para ellos, sino que les obliga a realizar los máximos esfuerzos para lograr los principios, mecanismos y metas que señala dicha Carta. Y, dado que la Convención remite expresamente a la Carta de la OEA y no a la DADDH, no es riguroso recurrir en primer lugar a esta (aunque tiene ciertamente una relación de DESCAs más clara)³¹. Atribuirle al art. 26 el designio de señalar DESCAs específicos es soslayar lo que él literalmente dice, y atribuir a los Estados algo que no decidieron cuando acordaron emitir el Pacto de San José.

- Admitir que todos los DESCAs interamericanos son justiciables podría llevar a que cualquiera de los Estados-parte de la CADH, que haya aceptado la jurisdicción de la Corte IDH, eventualmente podría ser acusado ante ella por no alcanzar plenamente los “principios”, “metas” o “mecanismos” contempladas en la Carta de la OEA, lo que parece alejado de lo que los Estados pretendieron al emitir o adherirse a la CADH y a la jurisdicción de la Corte.

- No le compete a la Corte convocar toda una serie de tratados internacionales (*corpus iuris*), diferentes a la Carta de la OEA, para llenar de contenido al art. 26 convencional y así generar una responsabilidad internacional de los Estados-parte, pues ellos no pueden con antelación prevenir ni reparar internamente infracciones a derechos humanos sociales que la Corte pueda eventualmente declarar que hacen parte de la Convención, dependiendo del caso.

³¹ Al respecto, Abramovich, V. y Rossi, J., ‘La Tutela de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos’, *Estudios Socio-Jurídicos*, Vol. 9, 2007, pp. 47.

- El artículo 26 de la CADH no distingue entre DESCAs que tienen exigibilidad inmediata y DESCAs que tienen un carácter progresivo, como lo deduce, por mayoría, la Corte IDH.

- En concordancia con lo anterior, de acuerdo con el PSS (art. 19-6), los únicos DESCAs cuya presunta violación por los Estados-parte puede ser juzgada por la Corte IDH, son los relativos a la libertad sindical y a la educación (artículos 8-1 y 13). Respecto de la violación de los demás DESCAs, el control del SIPDH se limita a las peticiones individuales y las comunicaciones ante la CIDH. Los Estados-parte, al ratificar o adherirse al PSS, decidieron limitar la competencia de la Comisión y de la Corte para conocer de casos contenciosos distintos a los mencionados.

5. Los efectos de la nueva jurisprudencia de la Corte IDH sobre la justiciabilidad plena de los DESCAs laborales, en los Estados-parte de la Convención.

La nueva jurisprudencia de la Corte IDH, enderezada hacia el reconocimiento de exigibilidad de los DESCAs como derechos autónomos, tiene varias consecuencias. Mencionaré tres:

5.1. Una jurisprudencia consolidada. Algunas puntualizaciones y riesgos

La nueva jurisprudencia de la Corte IDH sobre la operatividad del art. 26 convencional, se ha mantenido incólume desde el año 2017, lo que la convierte en una posición consolidada, a pesar de que algunos de sus jueces, en proporción minoritaria, sigan expresando sus votos disidentes.

Se harán a continuación algunos comentarios que buscan aclarar algunos aspectos de esta nueva jurisprudencia y también algunos de sus riesgos:

El art. 26 de la CADH indica que los Estados-parte se obligan:

“a adoptar providencias, (...), para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se *derivan* de las normas económicas, sociales

y sobre educación, ciencia y cultura, *contenidas* en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles (...)” (las cursivas no hacen parte del texto original).

Es decir, el art. 26 convencional no incluye un repertorio detallado de los DESCAs, sino que remite a la Carta de la OEA, donde sí aparece (artículos 34 y 45) un catálogo de “principios y mecanismos”, de los cuales deben inferirse los derechos (“reglas”) que a ellos corresponden y que deben ser objeto de protección.

En materia *laboral*, los *principios* citados en tales artículos de la Carta, son:

- El derecho a salario justo, oportunidades de empleo y condiciones de trabajo aceptables para todos
- El derecho al trabajo (entendido también como deber social), realizado en condiciones “que aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso para el trabajador y su familia”, tanto durante el período de actividad, como en estados de incapacidad o de vejez.
- El derecho de los trabajadores y los empleadores de asociarse y de actuar con “libertad e independencia”, así como de contribuir “a la vida de la sociedad y al proceso de desarrollo”.
- El derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica de las asociaciones de empleadores y de trabajadores.
- El derecho de negociación colectiva.
- El derecho de huelga “de parte de los trabajadores” y
- El derecho a exigir al Estado “una política eficiente de seguridad social”.

En su nueva jurisprudencia sobre la justiciabilidad directa de los DESCAs, la Corte IDH -hasta ahora-, ha considerado que de los anteriores principios de la Carta de la OEA se *derivan* algunos derechos laborales concretos, como se indica en el siguiente cuadro:

Derecho laboral “derivado” de la Carta de la OEA	Casos
--	-------

Derecho al trabajo	<ul style="list-style-type: none"> - <i>Lagos del Campo vs Perú (2017)</i> - <i>Trabajadores cesados de Petroperú vs Perú (2017)</i> - <i>San Miguel Sosa y otras vs Venezuela (2018)</i> - <i>Extrabajadores del Organismo Judicial Vs. Guatemala (2021)</i> - <i>Pavez Pavez vs Chile (2022)</i> - <i>Federación Nacional de Trabajadores Marítimos y Portuarios (FEMAPOR) Vs. Perú (2022)</i>
Libertad de expresión en contextos laborales	<ul style="list-style-type: none"> - <i>Lagos del Campo vs Perú (2017)</i>
Estabilidad laboral	<ul style="list-style-type: none"> - <i>Lagos del Campo vs Perú (2017)</i> - <i>Casa Nina vs Perú (2020)</i>
Derecho al trabajo de las personas con discapacidad	<ul style="list-style-type: none"> - <i>Guevara Díaz vs Costa Rica (2022)</i>
Derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias.	<ul style="list-style-type: none"> - <i>Spoltore vs Argentina (2020)</i> - <i>Empleados de la Fábrica de fuegos en Santo Antonio de Jesús vs Brasil (2020)</i> - <i>Los buzos miskitos (Lemoth Morris y otros) vs. Honduras (2021)</i>
Prevención de accidentes y enfermedades profesionales	<ul style="list-style-type: none"> - <i>Los buzos miskitos (Lemoth Morris y otros) vs. Honduras (2021)</i>
Derecho a la seguridad social	<ul style="list-style-type: none"> - <i>Los buzos miskitos (Lemoth Morris y otros) vs. Honduras (2021)</i> - <i>Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (Ancejub-Sunat) vs. Perú (2019)</i> - <i>Muelle Flores vs. Perú (2019)</i>
Derecho de huelga.	<ul style="list-style-type: none"> - <i>Extrabajadores del Organismo Judicial Vs. Guatemala (2021)</i>³²
Libertad sindical	<ul style="list-style-type: none"> - <i>Lagos del Campo vs Perú (2017)</i>

³² El derecho de huelga también lo aborda la Corte IDH en su Opinión Consultiva OC-27/21, referida a “los derechos a la libertad sindical, negociación colectiva y huelga, y su relación con otros derechos, con perspectiva de género”

	- <i>Extrabajadores del Organismo Judicial Vs. Guatemala (2021)</i>
--	---

Es probable que en futuros fallos la Corte *derive* otros derechos laborales de la Carta de la OEA.

En la labor interpretativa, encaminada a establecer los derechos que se *derivan* de la Carta de la OEA, la Corte habrá de actuar con ponderación y rigor (creo que así lo ha hecho hasta ahora, en general), pues en dicha tarea enfrenta dos riesgos: i) “derivar” derechos que no estén incluidos en los principios indicados en la Carta de la OEA, mediante la utilización de una “interpretación evolutiva” de la CADH y ii) hacer una utilización inadecuada del principio *pro persona* o *pro homine*.

La “interpretación evolutiva” y el principio *pro persona*, son dos expresiones que la Corte IDH ha venido invocando reiteradamente en sus pronunciamientos sobre la justiciabilidad directa de los DESCAs. La primera consiste en adaptar el entendimiento de una disposición jurídica a las circunstancias actuales (que pueden ser diferentes a las que estaban presentes en su origen), teniendo en cuenta el objeto y fin del tratado internacional que se interpreta, en este caso, la CADH³³. Por su parte, el principio *pro persona* significa que debe acudir a la norma más amplia o a la interpretación más extensiva y garantista, a la hora de establecer el alcance de los derechos humanos. Pero -y aquí el rebato sobre el que quiero llamar la atención-, ambas expresiones principialísticas deben usarse sobre normas *preexistentes* (en este caso, sobre las que se *deriven* de los principios señalados expresa y literalmente en la Carta de la OEA), la primera como criterio de actualización del entendimiento de tales normas, y la segunda como criterio de preferencia normativa entre ellas. Por eso, su aplicación adecuada es aquella encaminada a fijar el alcance o significado de una norma ya existente y no para justificar el surgimiento de nuevos derechos (es decir, derechos que *no deriven* de la Carta de la OEA). Con otras palabras, no para auxiliar al intérprete en la labor de

³³ En su Opinión Consultiva OC16-99, la propia Corte IDH ha dicho que “los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales” (párr. 114).

determinar, “con carácter previo, si un derecho está implícito en la Carta y por lo tanto comprendido en el art. 26” de la CADH³⁴. Vale decir, la Corte debe hacer una utilización de ambos principios con sentido hermenéutico y no con sentido genitivo. En abono de lo anteriormente dicho, debe recordarse que el SIPDH está compuesto fundamentalmente por tratados regidos por el derecho internacional³⁵, uno de cuyos fundamentos es la voluntad expresada por los Estados (voluntad que es el eje axial de ese derecho, pues refleja su *consensus generalis*). La interpretación de un tratado debe atender al “contexto”, o sea, al “objeto y fin” del mismo. De ahí que un derecho “nuevo” dentro de ese sistema no debería surgir meramente por virtud de una construcción jurisprudencial de la Corte IDH³⁶, sino originarse en un consenso previo de los Estados (expresado, por ejemplo, mediante un protocolo suplementario)³⁷. Por más loables que sean los fines perseguidos por la Corte, sus interpretaciones de los DESCAs, en las cuales se fundamenten condenas a un Estado-parte, o en las que ella exprese su opinión, no pueden exceder el marco precisado por la Carta de la OEA.

Con respecto específicamente a la determinación del *contenido* de los DESCAs protegidos por la Convención y la Carta de la OEA (para lo cual ella acude a los dos principios anteriormente explicados), la Corte utiliza usualmente un *corpus iuris* que está compuesto fundamentalmente, en primer lugar, por elementos que hacen parte del SIPDH -como lo son el PSS y la DADDH, pero además por diferentes instrumentos internacionales que no integran dicho sistema (como la DUDH, el PIDCP, el PIDESC, convenios de la OIT, jurisprudencia de otros tribunales regionales de derechos humanos, *soft law*,

³⁴ Abramovich, Víctor y Rossi, Julieta, “La tutela de los Derechos Económicos...”, p. 48.

³⁵ En materias interpretativas, sobre todo por la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, artículos 31 y 32

³⁶ Como lo sostiene el TEDH, un tribunal internacional “no puede, mediante una interpretación evolutiva, derivar de estos instrumentos un derecho que no estuviera incluido en ellos desde el principio” (*Johnston and others vs Ireland*, 1986, párr. 53. Disponible en [Johnston and Others v. Ireland | Women's Link \(womenslinkworldwide.org\)](http://www.womenslinkworldwide.org)). Así también lo afirma un sector importante de la doctrina (Dzehtsiarou, Kanstantsin, “European Consensus and the Evolutive Interpretation of the European Convention on Human Rights” (October, 30 2011). *German Law Journal*, Vol. 12, pp. 1735, 2011, obtenible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1951371>

³⁷ Tal consenso se constata: i) cuando los Estados-parte concuerdan en la existencia del derecho, o bien en su aceptación de que ha surgido uno nuevo, o ii) cuando esos Estados han adherido a otros tratados o actos internacionales -de vocación universal, por ejemplo-, que avalan tales sentidos.

etc.). Esto lo hace la Corte “en forma complementaria a la normativa convencional”, pero advirtiendo que ella “no está asumiendo competencias sobre tratados en los que no la tiene, ni tampoco está otorgando jerarquía convencional a normas contenidas en otros instrumentos nacionales o internacionales relacionados con los DESCAs”. En lo concerniente a tratados internacionales, pienso que esta utilización que hace la Corte -que me parece válida-, adquiriría mayor fuerza argumentativa si ella constatará en cada caso el grado de consenso que tienen esos instrumentos entre los Estados de la región (y en particular, la adhesión del Estado-parte en el proceso), y no limitarse a la simple enunciación de tales instrumentos.

Con respecto a los elementos normativos que hacen parte del SIPDH (el PSS y la CADDH), utilizados en primer lugar por la Corte para definir las *reglas* correspondientes a los principios consignados en la Carta de la OEA, la Corte hace uso, en el caso del primero, de sus artículos 6, 7, 8 y 9, y en el caso de la segunda, de sus artículos XIV, XV y XVI³⁸. Estos instrumentos, lejos de regular derechos distintos a los señalados en la Carta, desarrollan los principios previstos en ella. Además, la propia CADH (art. 29). expresa que “[n]inguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: [...] d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”.

5.2. Efecto sobre el control difuso de convencionalidad

El llamado “control de convencionalidad” surge de una interpretación de la Corte IDH al artículo 2º de la CADH (deber de adoptar disposiciones de derecho interno)³⁹ y consiste en el examen judicial que se hace para verificar la

³⁸ En su OC-10-89, la Corte IDH dijo: “Puede considerarse entonces que, a manera de interpretación autorizada, los Estados miembros han entendido que la Declaración contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que la Carta se refiere, de manera que no se puede interpretar y aplicar la Carta de la Organización en materia de derechos humanos, sin integrar las normas pertinentes de ella con las correspondientes disposiciones de la Declaración, como resulta de la práctica seguida por los órganos de la OEA” (párr. 43).

³⁹ “Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1º no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados parte se comprometen

conformidad de las normas y ciertos hechos estatales con los referentes normativos interamericanos.

Dicho control de convencionalidad se verifica, según la Corte IDH, en dos planos: el externo o internacional y el interno o difuso. El control de convencionalidad *internacional* es competencia de ese Tribunal interamericano, como máximo garante de la integridad de la Convención, por virtud del cual dicha Corte verifica la conformidad de las constituciones y de las leyes de los Estados-parte con el SIPDH⁴⁰. A su vez, en el ámbito interno o difuso, dicho control compete a los jueces y otros funcionarios de cada Estado-parte de la Convención.

Es decir, por virtud del control *difuso* de convencionalidad, los jueces nacionales no solo deben ejercer el tradicional control de legalidad -y de constitucionalidad, en algunos casos-, que les es propio, sino también verificar que se cumplan tanto la normatividad interamericana como la jurisprudencia emanada de la Corte IDH. En este sentido, los jueces nacionales son los jueces naturales de esa normatividad interamericana⁴¹ y les corresponde constatar *ex officio* el ajuste al sistema normativo interamericano de las leyes en su país.

Ha dicho al respecto la Corte IDH⁴²:

“La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la

a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

⁴⁰ Corte IDH, Caso *La última tentación de Cristo (Olmedo Bustos) y otros vs Chile* (2001).

⁴¹ Nogueira, Humberto. “El control de convencionalidad y el diálogo interjurisdiccional entre tribunales nacionales y Corte Interamericana de derechos humanos”, *Revista de derecho constitucional europeo*, año 10, núm. 19, enero-junio 2013, p. 233. pp. 221-270

⁴² Caso *Almonacid Arellano y otros vs Chile* (2006).

Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”.

Este control difuso de convencionalidad se extiende también a todas las autoridades nacionales de los órganos ejecutivo y legislativo de los países signatarios de los citados tratados interamericanos⁴³.

Lo anterior significa que, al hacerse efectivo el control difuso de convencionalidad, esta última jurisprudencia de la Corte IDH haría que los DESCAs a los que ella ha reconocido justiciabilidad, serían exigibles en las jurisdicciones nacionales en casos concretos, sin importar si en ellas tales derechos se consideran de carácter progresivo. Sin embargo, este alcance no se daría en aquellos estados americanos vinculados con la CADH, que *no* aceptan que sus jueces y tribunales son responsables del control difuso de convencionalidad⁴⁴. En estos últimos casos, esta jurisprudencia de la Corte IDH sería tomada más como elemento hermenéutico, vale decir, como elemento para interpretar el alcance y significado de los DESCAs consagrados en el ámbito nacional respectivo, más no necesariamente como criterios imperativos y definitivos para la definición judicial de casos concretos.

5.3. Un nuevo mecanismo internacional para el juzgamiento subsidiario de violaciones nacionales a los DESCAs laborales

Con base en la reciente línea jurisprudencial de la Corte IDH se abre la posibilidad de que ella juzgue violaciones a los DESCAs contenidos en la CADH, perpetradas por los Estados-parte, adicionalmente a los que el PSS incluye en el sistema de peticiones a que se refiere su art. 19-6 (libertad sindical y

⁴³ Corte IDH, casos *Gelman vs Uruguay* (2011) y *Cabrera García y Montiel Flórez vs México* (2010).

⁴⁴ Por ejemplo, en Colombia, la Corte Constitucional ha sostenido que los jueces colombianos no son jueces de convencionalidad, en el sentido y con la intensidad que señala la Corte IDH, pues el parámetro prevalente es el Bloque de la Constitucionalidad en sentido estricto, interpretado armónicamente (principio de primacía constitucional) y no algún tratado internacional individual ratificado. Al respecto, sentencias C-010 de 2000, C-442 de 2001, C-028 de 2006, C-291 de 2007, C-941 de 2010, C-269 de 2014, C-327 y C-469 de 2016, entre otras.

educación). Ello, de manera subsidiaria, o sea cuando los mecanismos judiciales y administrativos internos del respectivo Estado-parte, no hayan sido eficaces para hacer cumplir los derechos supuestamente transgredidos.

Con otras palabras, la nueva jurisprudencia de la Corte IDH sobre la justiciabilidad directa de los DESCAs ofrece una vía contenciosa internacional - antes inexistente o limitada-, para el juzgamiento de las violaciones a estos por los Estados involucrados.

En materia de derechos laborales colectivos (libertad sindical) en específico, esta nueva jurisprudencia abre un camino alternativo a las reclamaciones contra un Estado americano, formulados ante el Comité de Libertad Sindical de la OIT, mecanismo este último que no tiene carácter contencioso (como sí lo tiene un proceso ante Corte IDH) y que, por tanto, no desemboca en una sentencia vinculante para el Estado violador del respectivo derecho, sino en recomendaciones a este para que subsane la transgresión. En efecto, un fallo de la Corte IDH, condenatorio a un Estado-parte por violación de un derecho laboral colectivo, tiene carácter obligatorio para ese Estado, y por tanto constituye evidentemente una garantía tangible para los afectados por esa acción estatal, más efectiva que una reclamación ante el mencionado Comité de la OIT.

Bibliografía

ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C. (2002). *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Ed. Trotta.

ABRAMOVICH, V. y ROSSI, J. (2007). “La Tutela de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, Vol. 9, Bogotá, Universidad del Rosario.

CARBONELL, M. y FERRER MAC-GREGOR, E. (2014). *Los derechos sociales y su justiciabilidad directa*, UNAM.

CAVALLARO, J. y SCHAFFER, E. J. (2004). “Rethinking Supernational Litigation of Economic and Social Rights in the Americas”, *Hastings Law Journal*, Vol 56, issue 2, 1-2004.

FERRER MAC-GREGOR, E. (2017). *La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el Sistema Interamericano de derechos humanos*, UNAM, México.

NOGUEIRA, H. (2013). “El control de convencionalidad y el diálogo interjurisdiccional entre tribunales nacionales y Corte Interamericana de derechos humanos”, *Revista de derecho constitucional europeo*, año 10, núm. 19, enero-junio.

SANTAOLAYA MACHETTI, P. y DÍAZ RICCI, S. M. (2012). “Los derechos económicos, sociales y culturales y la protección de grupos vulnerables, en García Roca, Javier, *et al* (editores), *El diálogo entre los sistemas europeo y americano de los derechos humanos*, Madrid, Ed. Civitas.

Recursos electrónicos

CANCADO TRINDADE, A. A. *La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el plano internacional*. Disponible en [30948-27953-1-PB \(1\).pdf](#).

CIDH. Informe Anual 1983-1984. Disponible en [Informe Anual 1983-1984 Capítulo V \(oas.org\)](#).

- CHILE. Observaciones formuladas por el gobierno de Chile al proyecto de Convención americana de derechos humanos, en 1969. Disponible en [Observaciones del Gobierno de Chile al proyecto de Convención sobre Derechos Humanos \(Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, 1969\) - dipublico.org](#).
- DZEHTSIAROU, K. (2011). *European Consensus and the Evolutive Interpretation of the European Convention on Human Rights* (October, 30-2011). *German Law Journal*, Vol. 12, pp. 1730-1745. Disponible en <https://ssrn.com/abstract=1951371>.
- PASCUAL, F. (2014). "Consenso e interpretación evolutiva de los tratados regionales de derechos humanos". *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. LXVI/2, julio-diciembre, Madrid. Disponible en [Consenso e interpretación evolutiva de los tratados regionales de derechos humanos - BCJ \(bibliotecaculturajuridica.com\)](#).
- PINTO, M. (2012). *Cumplimiento y exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el marco del Sistema Interamericano. Avances y desafíos actuales*, UNAM, Bibliotecas jurídicas. Disponible en [Cumplimiento y exigibilidad de los DESCAs en el SIPDH- Mónica Pinto.pdf](#).

EL TELETRABAJO EN EL SECTOR PÚBLICO

TELEWORKING IN THE PUBLIC SECTOR

Beatriz DURAN PENEDO

Magíster en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Profesora adjunta de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y de de Derecho de las Relaciones Laborales en el Sector Público, Universidad de la República. Asesora en Presidencia de la República, Asesoría Letrada. ONSC.

beatrizduranpenedo@gmail.com

Fecha de envío: 30/11/2022

Fecha de aceptación: 10/12/2022

EL TELETRABAJO EN EL SECTOR PÚBLICO

Beatriz DURAN PENEDO

Universidad de la República (Uruguay)

Resumen: El presente es un trabajo descriptivo en relación con la modalidad de teletrabajo que el Estado trata de implementar tímidamente en algunos lugares de la Administración. El eje central del artículo lo constituye el examen del proyecto de resolución que podría transformarse en la norma que regularía el teletrabajo en la Administración Central.

Palabras clave: Teletrabajo - Funcionarios públicos - Plan piloto - Proyecto de decreto reglamentario

Sumario: 1. Introducción. 2. Modalidad de teletrabajo en el ámbito público. 3. Encuesta a funcionarios públicos (ONSC-AGESIC, 2021). 4. Experiencia piloto. 4.1. Guías para la gestión efectiva de la modalidad de teletrabajo. 4.2. Beneficios de una implantación efectiva del teletrabajo. 4.3. Fundamentos de la importancia de una Reglamentación para la Administración Central. 5. Resumen de la Reglamentación Interna de Teletrabajo para el Plan Piloto ONSC y unidades que se están incorporando a fases pilotos. 5.1. Evaluación de cumplimiento. 5.2. Lugar de teletrabajo. 5.3. Compromisos. 5.4. Derecho a la desconexión. 5.5. Procedimiento ante inconvenientes. 5.6. Jornadas de Teletrabajo. 5.7. Carga horaria y horario. 5.8. Organización por unidad organizativa. 5.9 Registro de asistencia. 5.10. Seguridad de la información y confidencialidad. 6. Conclusiones.

Abstract: This is a descriptive work in relation to the teleworking modality that the government is timidly attempting to implement in some places of the Administration. The central theme of the article is an examination of the draft

resolution that could become the regulation of teleworking in the Central Administration.

Keywords: Teleworking - Civil servants - Pilot plan - Regulatory decree project

Summary: 1. Introduction. 2. Teleworking in the public administration sphere. 3. Survey of public officials (ONSC-AGESIC, 2021). 4. Pilot experience. 4.1. Teleworking Management Guidelines. 4.2. Benefits of an effective implementation of teleworking. 4.3. Fundamentals aspects of a Regulation for the Central Administration. 5. Summary of the Internal Regulations for Teleworking for the ONSC Pilot Plan and agencies that are joining the pilot phases. 5.1. Compliance assessment. 5.2. Teleworking location. 5.3. Commitments. 5.4. Right to disconnect. 5.5. Procedure in case of technical (or other) issues. 5.6. Teleworking days. 5.7. Hourly load and schedule. 5.8. Organization by organizational unit. 5.9 Timekeeping records. 5.10. Information security and confidentiality. 6. Conclusions.

1. Introducción*

Los funcionarios públicos no están comprendidos en la ley de teletrabajo N.º 19.978 (Aprobación de normas para la promoción y regulación del teletrabajo), de 20 de agosto de 2021,¹ cuyo ámbito de aplicación son las relaciones laborales que se desempeñen en un régimen de subordinación y dependencia en las que el empleador sea una persona privada o de derecho público no estatal. Lo que implica que los casi 300.000 vínculos que mantiene el Estado no tienen regulación respecto de esta modalidad de trabajo; sin perjuicio de que la mayoría de los funcionarios (tal como veremos) no puede utilizarla por la naturaleza de sus tareas.

El panorama en el Estado fue y es muy complejo como para implementar una modalidad de teletrabajo uniforme. Sin embargo, hay una necesidad de ponernos al día o a tono en la Administración Pública con las nuevas tendencias y cambios que se produjeron en los lugares de trabajo a causa de la emergencia sanitaria. Es un desafío poder actualizarnos y forjar un Estado más eficiente con la nueva modalidad de trabajo que, como veremos, ha dado buenos resultados en las ocupaciones en las que se pudo desarrollar.

2. Modalidad de teletrabajo en el ámbito público

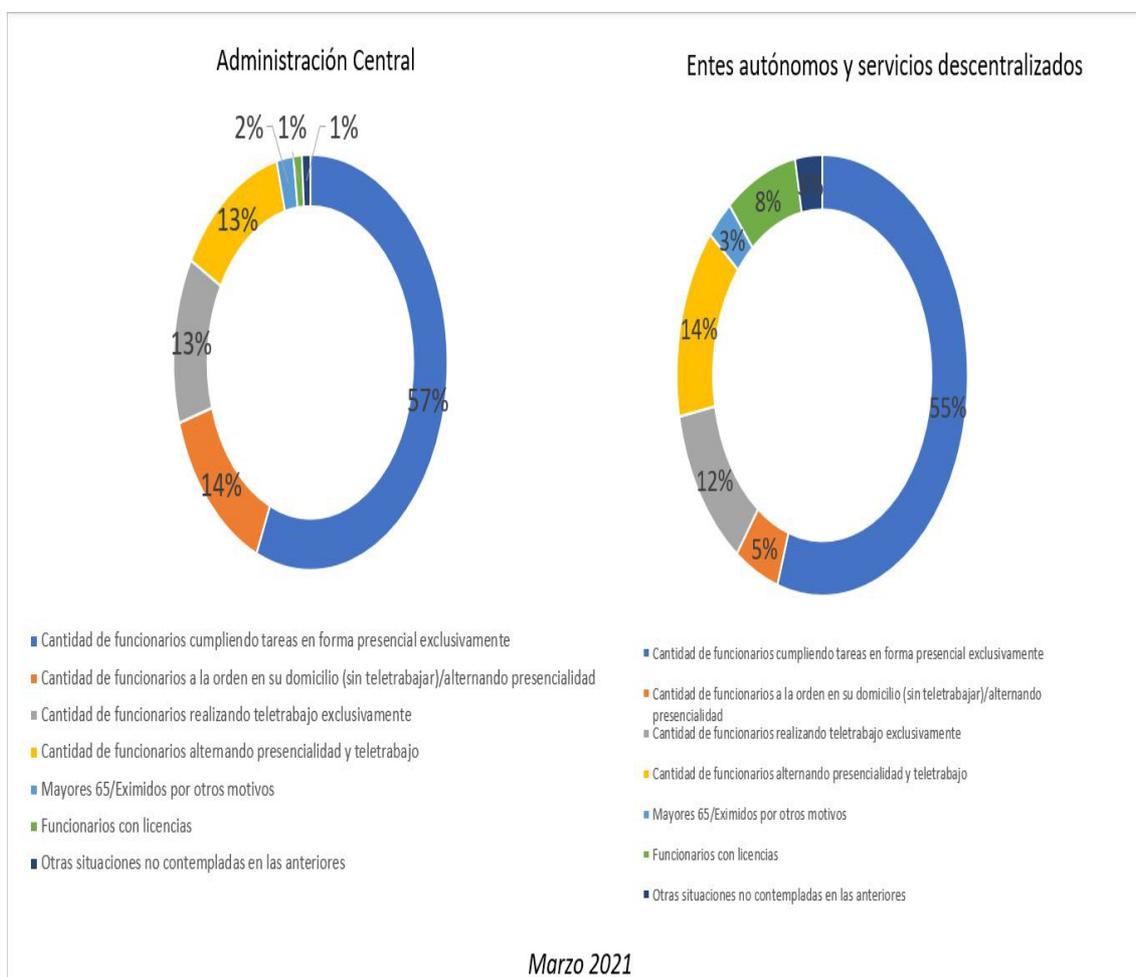
Durante la pandemia por COVID-19 y debido a las medidas de distanciamiento exigidas por el gobierno, se impuso la necesidad de realizar teletrabajo por parte de los funcionarios públicos. En el ámbito público esto se pudo realizar con diferentes niveles de generalidad según las características de las tareas, las posibilidades de los trabajadores de contar con los elementos necesarios para efectivizarlas, sus habilidades digitales, sus posibilidades de conectividad, su contexto familiar, entre otros aspectos determinantes para teletrabajar.

* Las opiniones vertidas en el presente trabajo se realizan a título personal y no comprometen a las Instituciones referidas.

¹ Reglamentada por el Decreto N.º 86/022, de 17 de marzo de 2022.

En la gráfica 1 observamos que, en marzo de 2021, en la Administración Central el 19 % de los funcionarios realizaba teletrabajo, un 7 % en forma exclusiva y un 12 % alternando con presencialidad. Si se excluye a los ministerios de Defensa e Interior este porcentaje ascendía a un 54 % (10 % realizando teletrabajo exclusivamente y 44 % alternando presencialidad y teletrabajo). Más del 50 % de los funcionarios trabajaron de forma presencial exclusivamente.

Gráfica 1



Fuente: ONSC

Ya en algunas empresas públicas había avances que impulsaron las herramientas tecnológicas y en la Agencia de Gobierno Electrónico y Sociedad de la Información y del Conocimiento (AGESIC), que es un espacio de tecnología de información privilegiado y un ámbito que está vinculado con la informática, se

venía teletrabajando; pero en otras áreas de la Administración Central y Servicios Descentralizados el panorama era y es diferente, por lo cual —según han manifestado las autoridades en distintos medios de comunicación— es necesario diseñar e implementar el teletrabajo con la necesidad de impulsar conocimiento y capacitación.

En marzo de 2021 el panorama en las empresas públicas era como se muestra en la gráfica 2.

Gráfica 2



Fuente: ONSC

Desde la Oficina Nacional del Servicio Civil (ONSC) y la AGESIC se trabaja en los avances sobre el teletrabajo y la «Gestión efectiva de la modalidad de Teletrabajo en el ámbito público», para lo cual las autoridades señalan la necesidad de impulsar: 1. Conocimiento, 2. Capacitación y 3. Condiciones de diseñar e implementar el teletrabajo.²

² <https://www.gub.uy/oficina-nacional-servicio-civil/node/1800>.

Por Decreto N.º 89/2021, de 19 de marzo de 2021, y visto la necesidad de una gestión efectiva del teletrabajo en las organizaciones públicas y de sentar las bases para el desarrollo de esta modalidad de trabajo y su continuidad, luego de culminado el estado de emergencia nacional sanitaria declarado por el Decreto 93/020, de 13 de marzo de 2020; se encomienda a la Oficina Nacional del Servicio Civil y a la Agencia para el Desarrollo del Gobierno Electrónico y la Sociedad de la Información y del Conocimiento, la elaboración de una Guía para la gestión efectiva de la modalidad de teletrabajo y un plan de capacitaciones para una gestión efectiva del teletrabajo en el ámbito de la Administración Central.

Desde las mencionadas unidades ejecutoras se ha impulsado 3 líneas de acción:

- Medición y monitoreo. Relevamiento sobre diferentes dimensiones, generando un diagnóstico de situación que permita diseñar planes de acción efectivos.
- Guías. Instrumentos orientativos, de consulta y referencia relacionados con aspectos centrales de la gestión del trabajo, condiciones e impactos sobre los funcionarios y su familia, entre otros.
- Espacios de formación/desarrollo de capacidades. Currícula básica para el teletrabajo. Herramientas metodológicas y de gestión.

3. Encuesta a funcionarios públicos (ONSC-AGESIC, 2021)

La encuesta realizada a los funcionarios públicos de la Administración Central de Uruguay (AGESIC-ONSC, 2021) confirma que el teletrabajo no fue distribuido de manera homogénea, sino que existieron diferencias entre organismos y también entre grupos ocupacionales, siendo los técnicos y profesionales quienes más lo realizaron.

El teletrabajo es una modalidad de trabajo que no es nueva; de hecho, se comienza a hablar de ella en los años 70³ y en el ámbito público uruguayo había

³ Si bien el teletrabajo no es un fenómeno nuevo, en el contexto de la pandemia de COVID-19, y asociado a las medidas de confinamiento implementadas para reducir los contagios, esta

incipientes experiencias en empresas públicas como el Banco de Seguros del Estado (BSE), donde se elaboró una reglamentación en el año 2019.

Una reglamentación del teletrabajo para el sector público implica una visión a medio y largo plazo que considere esta modalidad más allá de la situación de pandemia. Distintos estudios anteriores a la pandemia mencionan que la flexibilidad que brinda el teletrabajo se asocia a una variedad de resultados positivos sobre la productividad, la satisfacción laboral, un menor ausentismo,⁴ el compromiso organizacional, y una menor intención de dejar la organización.⁵

También existen estudios que muestran algunos beneficios del teletrabajo para el equilibrio entre vida laboral y vida privada, una menor prevalencia de enfermedades mentales, compatibilizar el trabajo con las tareas de cuidados⁶ y la posibilidad de trabajar sin desarraigarse de algunas zonas poco pobladas.

Con el teletrabajo se reduce el gasto en las ciudades (transporte, alimentación, entretenimiento) y eso tiene consecuencias sobre las economías locales, si bien también se perciben beneficios como la reducción de la polución.

El estudio de Golden⁷ sugiere que las relaciones laborales se ven afectadas de forma diferente a medida que es mayor el tiempo de teletrabajo y cambian de forma no lineal en función de la cantidad de teletrabajo que se realiza. Por ejemplo, varios estudios encontraron que la satisfacción laboral es más alta entre quienes teletrabajan una cantidad moderada de tiempo que entre quienes lo hacen poco o en una forma más extensiva.⁸

modalidad de trabajo aumentó significativamente en la región, facilitando la continuidad de ciertas actividades económicas y con ello de la relación laboral, lo que resultó muy importante considerando el impacto negativo de la crisis en los mercados de trabajo de la región y del mundo.

⁴ Baltes, B. B., Briggs, T.E., Huff, J. W., Wright, J.A., & Neuman, G. A. (1999). "Flexible and compressed workweek schedules: A meta-analysis of their effects on work-related criteria". *Journal of Applied Psychology*, 84, pp. 496-513.

⁵ Golden, T. D. (2006 a). "Avoiding depletion in virtual work: Telework and the intervening impact of work exhaustion on commitment and turnover intentions". *Journal of Vocational Behavior*, 69, pp. 176-187.

⁶ Para profundizar en el tema género y cuidados ver: Giuzio, Graciela y Cancela, Mariselda. «Teletrabajo e inequidades de género», *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo* (2021). Ed. Adapt., pp. 410-426.

⁷ Golden, T. D. (2006 b). "The role of relationships in understanding telecommuter satisfaction". *Journal or Organizational Behavior*, 27, pp. 319-340.

⁸ Golden, T. D. (2006 b). "The role of relationships in understanding telecommuter satisfaction". *Journal or Organizational Behavior*, 27, pp. 319-340. Golden, T. D. & Veiga, J. (2005). "The

Un nivel mínimo de contacto personal es importante para la calidad del intercambio de conocimientos.⁹ Por lo tanto, es importante mantener un equilibrio entre el teletrabajo y la presencialidad especialmente en sectores en los que la innovación es vital.

«Los datos de la encuesta a funcionarios públicos (ONSC-AGESIC, 2021) evidencian un muy buen nivel de apoyo a la modalidad remota. El objetivo de la encuesta fue conocer cómo se desarrolló el teletrabajo en los distintos organismos, generando un diagnóstico respecto a la gestión de esta modalidad a fin de proponer acciones para mejorar su práctica».¹⁰

Temas que se abordaron en la encuesta:

- Evaluación de la experiencia del teletrabajo en pandemia
- Desafíos que representó esta modalidad
- Habilidades para el teletrabajo
- Herramientas utilizadas
- Organización del trabajo
- Liderazgo virtualizado

Fueron encuestados en línea 8692 (ocho mil seiscientos noventa y dos) funcionarios de la Administración Central, lo que representa un 35 % de los funcionarios. Los datos de la encuesta a funcionarios públicos (ONSC-AGESIC, 2021)¹¹ evidencian un muy buen nivel de apoyo a la modalidad remota. El 77 % expresó que su experiencia de teletrabajo fue buena o muy buena. Solo el 4 % considera que la experiencia fue mala. Al consultarles sobre su interés en seguir teletrabajando, la mayoría (68 %) considera que le gustaría continuar haciéndolo de forma mixta, es decir, combinando teletrabajo con trabajo en la oficina. Únicamente el 14 % sostiene que no quisiera volver a teletrabajar.

impact of extent of telecommuting on job satisfaction: resolving inconsistent findings”. *Journal of Management*, 31, pp. 301-318. Virick, M., DaSilva, N., & Arrington, K. (2010) “Moderators of the curvilinear relation between extent of telecommuting and job and life satisfaction: the role of performance outcome orientation and worker type”. *Human Relations*, 63, pp. 137-154.

⁹ Coenen, M., & Kok, R. A. W. (2014). “Workplace flexibility and product development performance: the role of telework and flexible work schedules”. *European Management Journal*, 32, pp. 564-576.

¹⁰ ONSC-AGESIC (2021). Informe encuesta de teletrabajo en el sector público. Disponible en: <https://www.gub.uy/oficina-nacional-servicio-civil/comunicacion/publicaciones/encuesta-teletrabajo-sector-público>.

¹¹ *Ibidem*.

Los funcionarios públicos parecen conscientes de que no todas las tareas son teletrabajables sin afectar los servicios que se brindan a la ciudadanía. Entre quienes respondieron la encuesta el 58% considera que podría teletrabajar sin afectar el desempeño de los servicios, pero uno de cada cuatro manifiesta lo contrario.

Esto también presenta diferencias por organismos y grupos ocupacionales. Aquellos grupos cuyas tareas son más compatibles con el teletrabajo para que el servicio no sea afectado son el administrativo, técnico y profesional. La preferencia por continuar trabajando bajo esta modalidad es mayor entre quienes consideran que sus tareas se pueden realizar de forma remota sin afectar los servicios y entre quienes tienen más habilidades digitales.¹²

Hay que considerar también que, de acuerdo con la Encuesta para funcionarios públicos de setiembre de 2021, Resultados y recomendaciones: encuesta sobre calidad de la gestión humana y motivación de los funcionarios públicos. Nota de política preparada por ONSC y el Banco Mundial:¹³ «Los funcionarios públicos tienen altos niveles de satisfacción y esfuerzo, pero una parte significativa de ellos no se sienten valorados en su trabajo ni piensan que pueden desplegar todo su potencial. El 75 % de los funcionarios manifiesta estar satisfecho con su trabajo. Los indicadores más positivos de satisfacción y motivación están relacionados con las percepciones de los funcionarios en cuanto a realizar su trabajo con el mayor esfuerzo (94 %), enfocarse en alcanzar los resultados de la organización (93 %), estar orgullosos de su trabajo (86 %) y manifestar que su trabajo es muy interesante (79 %). Las áreas más débiles son las que se asocian a cuán valorados se sienten los funcionarios en su organismo y a sus posibilidades de desarrollo, que son aspectos claves para mantener una fuerza laboral motivada y productiva: un 34 % no se siente valorado por su organismo y 33 % no cree que su trabajo le permite desplegar todo su potencial».

4. Experiencia piloto

¹² Informe del Laboratorio de Innovación y Observatorio de la Función Pública (ONSC 2021).

¹³ Disponible en: <https://www.gub.uy/oficina-nacional-servicio-civil/sites/oficina-nacional-servicio-civil/files/documentos/publicaciones/UY%20-%20PN.pdf>.

La experiencia piloto de ONSC se implementó desde el mes de octubre de 2021. Se elaboró un reglamento que estableció las siguientes pautas:

(a) selección por los supervisores de las tareas teletrabajables o no con aprobación de la Dirección;

(b) adhesión voluntaria de los funcionarios, que implicaba establecer dos domicilios desde los que se realizaría el teletrabajo y aceptación por escrito de las reglas establecidas en la reglamentación;

(c) un máximo de dos días de teletrabajo por semana;

(d) modalidad removible por el supervisor si el funcionario no cumple con sus tareas y objetivos;

(e) obligación de efectuar las marcas en SGH 2.0.

La evaluación de la experiencia piloto se realizó a los 45 días de implementada, mediante una encuesta dirigida a la totalidad de los trabajadores de la organización y dos grupos focales dirigidos a supervisores.

Fueron encuestados un 30 % en la Administración Central, es decir, 8.692 funcionarios públicos civiles, aproximadamente (no militares ni policías). La encuesta tuvo una tasa de respuesta del 90 %.

El 91 % dijo haber teletrabajado en el marco de la experiencia piloto. Solamente 16 dijeron que no teletrabajaron. La experiencia logró una aprobación del 93 %, con 80 % que la evalúa muy buena y 13 %, como buena.

La percepción de los funcionarios es que tuvieron claras las tareas a realizar/objetivos a cumplir (96 %) y que se lograron tanto los resultados del equipo (90 %) como mantener una comunicación efectiva (94 %).

En cuanto a su propio desempeño en esta modalidad, la opinión es que este se ve favorecido (70 %), logran concentrarse mejor (78 %), las tareas les llevan menos tiempo que en la oficina (72 %) y sobre todo el teletrabajo les hace sentir más motivados (81 %).

Lo que implica que el 95 % de los que realizaron teletrabajo desean seguir realizándolo, y el 5 % restante dice que no sabe. Solamente un encuestado dice que no desea seguir con esta modalidad.

En cuanto a los supervisores, el 83 % considera que fue fácil gestionar a sus equipos y el 95 % quiere continuar con la modalidad.

En este mismo sentido, las opiniones vertidas en los grupos focales mostraron una importante aceptación que se argumenta sobre la base de los efectos positivos que observan sobre la motivación, la autoorganización y la proactividad.

A su vez esto tiene efectos en la participación.

Sobre la productividad de los equipos, los supervisores consideran que para algunas tareas es muy beneficioso, dado que permite una mayor concentración y algunas se pueden concluir en menor tiempo, porque se dan menos interrupciones.

La mayoría no puede dar cuenta con evidencias claras de una mayor productividad, pero todos acuerdan en que la productividad no bajó por el teletrabajo.

En general, se considera que los funcionarios cuentan con las habilidades básicas para trabajar de forma remota. Hubo una curva de aprendizaje para muchas competencias y procesos que demanda el teletrabajo que se realizó en forma forzosa por la pandemia y se considera importante no desaprovechar.

En cuanto a los aspectos a mejorar se sugiere:¹⁴

- contar con alguna herramienta de trabajo colaborativo como Teams;
- contar con una licencia de Zoom para cada área;
- que, según las necesidades de las áreas, sea posible que se realice teletrabajo y presencialidad en una misma jornada, con un límite de horas;
- que las reglas estén claras en la normativa para minimizar las interpretaciones y que tanto supervisores como funcionarios puedan manejarse con seguridad;
- que se sancione a aquellos que no cumplen con la reglamentación;
- comunicar cómo funciona el seguro laboral en la modalidad teletrabajo.

4.1. Guías para la gestión efectiva de la modalidad de teletrabajo

¹⁴ Datos e Informe del Laboratorio de Innovación y Observatorio de la Función Pública (ONSC 2021).

(teletrabajo en situación de emergencia sanitaria)

Planificación y organización de trabajo

- ¿Cómo planificar los objetivos de trabajo, coordinar al equipo y mejorar el logro de los resultados?
- ¿Qué competencias laborales adquieren mayor relevancia en el teletrabajo para lograr un mejor resultado?

Algunas consideraciones sobre salud y bienestar

- ¿Cómo organizar los espacios para el teletrabajo?
- ¿Cómo posicionarnos ante situaciones de cambio?
- Las redes y los roles transversales en las organizaciones

Desafíos, herramientas y buenas prácticas

- Herramientas que cobran relevancia en el teletrabajo
- Buenas prácticas para la seguridad de la información
- Buenas prácticas para el tratamiento de la información pública y datos personales

Los cursos en relación con la planificación y organización del trabajo y a la Salud y bienestar de los funcionarios públicos que teletrabajan se imparten en la Escuela Nacional de Administración Pública (ENAP) y los que refieren a la Guía de desafíos, herramientas y buenas practicas los lidera la AGESIC.

En el correr de este año (2022) los planes Pilotos de Teletrabajo bajo reglamentaciones internas que siguen desarrollándose en algunas unidades ejecutoras de determinados organismos son: ONSC; Presidencia de la República (Gestión Humana y Gobierno Electrónico); Ministerio de Industria, Energía y Minería (DGS, DNI, DNPI, DNE); y Ministerio de Desarrollo Social.

Fuera de la Administración Central, el Banco Central del Uruguay,¹⁵ la UTE¹⁶ y ANCAP¹⁷ tienen reglamentos propios ya aprobados por sus Directorios.

¹⁵ https://www.bcu.gub.uy/Acerca-de-BCU/Resoluciones%20de%20Directorio/RESOLUCION_D_65_2022.pdf.

¹⁶ <https://portal.ute.com.uy/noticias/teletrabajo-durante-horario-maternalpaternal>.

¹⁷ <https://www.ancap.com.uy/9311/1/ancap-pionero-en-reglamentacion-de-teletrabajo>.

Para profundizar ver: Perdomo, María Isabel (2021). «Teletrabajo en el sector público estatal en el Uruguay», en XXXI Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,

Recientemente la Intendencia de Montevideo firmó un convenio con la Asociación de Empleados y Obreros Municipales (Adeom), para el desarrollo de teletrabajo en una primera etapa en tres dependencias.¹⁸ Lentamente el Estado ve los beneficios del teletrabajo y lo incorpora en sus unidades organizativas, implementando distintos controles y evaluando su pertinencia.

4.2. Beneficios de una implantación efectiva del teletrabajo



4.3. Fundamentos de la importancia de una Reglamentación para la Administración Central

- Evidencia de resultados de encuestas.
- Funcionarios y jefes lo quieren.

Maldonado, FCU, pp. 581-593.
<https://revistas.fcu.edu.uy/index.php/jorntrab/article/view/2973>.

18

<https://www.montevideo.gub.uy/asl/sistemas/Gestar/resoluci.nsf/9c58528e7d7b0c24832579430045924a/773734d34858cc5f0325888b0044a580?OpenDocument>.

Disponible en:

- De acuerdo con los resultados de la encuesta de teletrabajo realizada en la Administración Central, los trabajadores con mayor nivel educativo son quienes más lo valoran y son más favorables a continuar realizándolo.
- Los resultados no se vieron afectados.
- Evaluaciones de teletrabajo en experiencias piloto muy positivas.
- Oportunidad de establecer lineamientos que operen como referentes en el ámbito público.
- Oportunidad para incorporar la Gestión por Resultados en la Administración Central.

5. Resumen de la Reglamentación Interna de Teletrabajo para el Plan Piloto ONSC y unidades que se están incorporando a fases pilotos

- ✓ **Conformidad.** El funcionario/a deberá expresar su voluntad de realizar teletrabajo.
- ✓ **Proceso para determinar las tareas teletrabajables.** El jerarca de cada Unidad Ejecutora identificará las tareas que se pueden teletrabajar.
- ✓ **Designación del teletrabajador/a.** Aquellos funcionarios/as que manifiesten su voluntad de teletrabajar deberán suscribirse en un formulario que se elaboró a esos efectos.
- ✓ **Formulario de declaración de conformidad con el teletrabajo.** El funcionario/a deberá completar un formulario indicando los datos que se exigen y una Declaración de cumplimiento de las condiciones de seguridad y salud para teletrabajo:

Declaro que cumplo con las condiciones de seguridad y salud necesarias para realizar teletrabajo, estando en conocimiento de la reglamentación correspondiente e información complementaria sobre condiciones de seguridad y salud.

Datos personales:

Nombre	
Apellido	
C. I.	
Unidad Organizativa	
Escalafón (si corresponde)	

Estas condiciones implican:

- Espacio adecuado
- Mobiliario adecuado
- Iluminación adecuada
- Conexión eléctrica adecuada
- Conexión a Internet
- Computador personal
- Dirección 1 (donde efectivamente se realizará el teletrabajo)
- Dirección 2 (donde provisoriamente se efectuará el teletrabajo)
- Teléfono de contacto

5.1. Evaluación de cumplimiento

- ✓ Se utiliza la metodología OKR.¹⁹
- ✓ **Plazo.** Cada 3 meses los jefes evaluarán los compromisos asumidos por cada unidad organizativa para aprobar o no la continuidad de un nuevo ciclo.
- ✓ **Incumplimiento.** Cada jefe podrá poner fin a la participación de un funcionario/a en el teletrabajo si su rendimiento disminuye, verifica incumplimientos o si el teletrabajo es perjudicial para las necesidades de

¹⁹ Clave en el teletrabajo: gestión por objetivos y resultados clave (OKR). Objectives and Key Results.

la organización. El teletrabajo es una modalidad de trabajo voluntaria y si no se cumplen las tareas asignadas la modalidad puede dejar de aplicarse para el trabajador.

- ✓ **¿Qué son los OKR?** (sigla en inglés de Objectives and Key Results). Según Andrew Grove, su creador, un ORC se compone de un *objetivo* (O) que es la dirección y uno o varios *resultados clave* (RC) que son hitos en el camino.
- ✓ **¿Cuál es su propósito?** Alinear las metas individuales, de los equipos y de la organización con resultados medibles. De esta forma trabajan de forma unificada, enfocando sus esfuerzos en culminar las tareas que tienen más impacto.
- ✓ Elementos de los objetivos y resultados claves:





FICHA DE REGISTRO DE OBJETIVOS Y RESULTADOS CLAVE

Unidad Organizativa: Nombre de la unidad organizativa que está planificando sus ORC

Trimestre: Mencionar el trimestre que se va a reflejar en la ficha

Objetivo estratégico asociado	Objetivo estratégico de la Unidad Ejecutora al cual va a contribuir el objetivo específico de la unidad organizativa.						
Objetivo específico	Es el objetivo que va a definir la unidad organizativa para el trimestre y que contribuye al objetivo estratégico.						
Planificación						Revisión Final	
Resultados clave (RC)	Fecha de alcance	Indicador del resultado clave	Responsable	Equipo de trabajo	Periodicidad de Revisión	Resultado Obtenido	% cumplido
Resultado clave que contribuirá a alcanzar el objetivo del trimestre.	Fecha prevista de alcance del resultado clave.	Definición del indicador que medirá el alcance del RC.	Persona designada para rendir cuentas del avance a la fecha de alcance establecida (no implica que trabaje sola, los ORC son de todo el equipo, pero esta es la persona que va a hacer el seguimiento del resultado clave).	Nombre de las personas que apoyarán en el alcance del resultado clave.	Plazo de revisión del RC a los efectos de evaluar el grado de cumplimiento (semanal o quincenal), registrando en Acta de reuniones el avance en cada revisión.	Refleja el resultado obtenido al final del periodo de 3 meses.	Refleja el porcentaje de cumplimiento alcanzado al final del trimestre.

5.2. Lugar de teletrabajo

- ✓ El teletrabajo se ejecutará desde un lugar ajeno al usual y por medio de la utilización de herramientas de la informática y las comunicaciones.

- ✓ A este fin el/la funcionario/a deberá contar con un espacio adecuado para la naturaleza de las tareas a desarrollar.
- ✓ El teletrabajo se realizará desde el domicilio declarado, con la posibilidad de cambio, lo que debe ser comunicado al supervisor/a directo por un medio fehaciente, 24 horas previas, declarando que tiene las condiciones adecuadas para realizarlo.

5.3. Compromisos

La adhesión a esta modalidad implica los siguientes compromisos por parte del funcionario/a:

- ✓ Declarar que el lugar en que desempeñará el teletrabajo reúne las condiciones de seguridad y salud.
- ✓ La conexión a internet le permite cumplir sus tareas en condiciones apropiadas.
- ✓ Comunicar a su jerarca cualquier cambio en las condiciones declaradas, ya sean permanentes o transitorias.
- ✓ Estar disponible para responder todo llamado o comunicación que realice el organismo, durante el horario de trabajo establecido.
- ✓ Concurrir a cada instancia presencial a la que sea convocado/a, para la realización de sus tareas.
- ✓ Conocer y cumplir las políticas de seguridad de la información vigentes.

5.4. Derecho a la desconexión

El funcionario/a tendrá derecho a la desconexión en los tiempos de descanso y licencias.²⁰

5.5. Procedimiento ante inconvenientes

²⁰ Rosenbaum Carli, Federico (2019). «El “derecho” a la desconexión con especial énfasis en el sistema jurídico uruguayo», *Revista Derecho & Sociedad* N.º 53, pp. 111-122. Duran Penedo, Beatriz (2021). «La desconexión digital», en XXXI Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Maldonado, FCU, pp. 485-504. Raso Delgue, Juan (2021). «La desconexión», en XXXI Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Maldonado, FCU, pp. 595-609.

Se exime de responsabilidad el no cumplimiento de la carga horaria por problemas técnicos ajenos al funcionario/a.

5.6. Jornadas de Teletrabajo

Se podrá autorizar dos días a la semana para teletrabajar, siendo los restantes de modo presencial. En circunstancias justificadas, el jerarca de la Unidad Ejecutora o quien este designe, puede permitir el teletrabajo no programado previamente.

5.7. Carga horaria y horario

El régimen horario será el asignado al funcionario/a en la modalidad presencial. El funcionario/a podrá cumplir su horario en forma discontinuada, con el consentimiento de su supervisor.

5.8. Organización por unidad organizativa

Cada unidad organizativa deberá tener una programación, para que todas las oficinas cuenten con personas en forma presencial durante el horario del Servicio.

5.9. Registro de asistencia

El teletrabajador/a deberá realizar sus marcas en el sistema de Gestión Humana (SGH) Presentismo y estar disponible en los horarios de trabajo acordados con su supervisor/a. Los horarios dedicados al teletrabajo podrán variar en más, sin que esto signifique derecho a compensación horaria.

5.10. Seguridad de la información y confidencialidad

El funcionario/a se compromete a respetar en el teletrabajo la política de seguridad y confidencialidad de la información a la cual tuviere acceso. Asimismo, a adoptar las medidas adecuadas para garantizar la protección de los datos de carácter personal a los que tenga acceso por cuenta del organismo, conforme a la Ley 18.331.

6. Conclusiones

A. El teletrabajo no es adecuado para todas las circunstancias, ni para todos los tipos de puestos de trabajo. No obstante, si el teletrabajo se practica correctamente, puede ser un componente importante de la respuesta a las necesidades de los ciudadanos.²¹

B. La reglamentación del teletrabajo contempla algunos consejos de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OECD 2020)²² para que el teletrabajo sea lo más eficaz posible: a) el apoyo de la alta dirección hasta los supervisores de primera línea, ya que sus resistencias constituyen una barrera importante para su práctica efectiva; b) un enfoque de gestión basado en los resultados. Esto implica identificar los objetivos, las tareas y los hitos, y luego supervisar y discutir el progreso sin requisitos que lleven demasiado tiempo; c) expectativas claras. Todas las partes deben tener claros los resultados que se esperan, sus condiciones de empleo, las horas de contacto, la forma de supervisar los progresos y de informar de los resultados; d) soberanía del tiempo. El teletrabajo puede ofrecer a los trabajadores la flexibilidad de realizar su trabajo en los momentos y lugares que les resulten más convenientes, sin dejar de estar localizables durante el horario normal de la organización, y e) el derecho de desconectarse del trabajo en momentos reservados para el descanso y la vida personal.

C. Se entiende que es una forma de capitalizar lo invertido en equipos, sistemas y aprendizaje y promover un mayor desarrollo de las competencias

²¹ Informe del Laboratorio de Innovación y Observatorio de la Función Pública (ONSC 2021).

²² OECD (2020). Productivity gains from teleworking in the post COVID-19 era: How can public policies make it happen? Disponible en: <https://www.oecd.org/coronavirus/policy-responses/productivity-gains-from-teleworking-in-the-post-covid-19-era-a5d52e99/>.

digitales de los funcionarios públicos. Fortaleciendo las capacidades de gestión en esta modalidad, se puede impulsar la gestión por resultados, así como el desarrollo del gobierno electrónico.²³

D. Aún nos falta valorar más profundamente la experiencia piloto por la falta de indicadores previos o la dificultad para medir algunas tareas, pero existe evidencia internacional de que la productividad aumenta con el teletrabajo. Se reducen los tiempos de traslado, pero también la pandemia obligó al desarrollo y adquisición de herramientas para hacerlo más efectivo.²⁴

E. Es una buena oportunidad para introducir indicadores de productividad, teniendo presente que para que esta aumente deben cuidarse las condiciones de trabajo y la salud ocupacional de los teletrabajadores.²⁵ Considerando además indicadores y formas de medir el trabajo que no impliquen presionar a los funcionarios en su desempeño y que permitan evaluar su trabajo de la forma más precisa posible. No olvidemos que hay trabajos que no solo se miden de forma cuantitativa y que requieren indicadores más complejos.

F. Entiendo que el teletrabajo en la Administración Pública —siempre que la tarea así lo permita— es una herramienta de modernización, flexibilización y economía en los tiempos de trabajo que se adapta a las nuevas tendencias y modalidades de trabajo que los trabajadores prefieren. Esta forma de trabajo debe necesariamente: a) estar controlada por parte del empleador en lo que refiere a la protección de su salud, seguridad y riesgos psicosociales²⁶ y b) ser

²³ Informe del Laboratorio de Innovación y Observatorio de la Función Pública (ONSC 2021).

²⁴ Barrero, J. M., Bloom, N. & Davis, S. J. (2021). “Why working from home will stick?”. Working Paper 28731. National Bureau of Economic Research. Cambridge, MA. Disponible en: https://www.nber.org/system/files/working_papers/w28731/w28731.pdf.

²⁵ Kitagawa R., Kuroda S., Okudaira H. & Owan H. (2021). “Working from home: its effects on productivity and mental health”. Discussion papers 21024, Research Institute of Economy, Trade and Industry (RIETI). Disponible en: <https://econpapers.repec.org/RePEc:eti:dpaper:21024>.

²⁶ Para profundizar en el tema salud y seguridad ver: Panizza Dolabdjian, Carolina (oct.-dic. 2021). «El impacto de las nuevas tecnologías en la salud laboral», Rev. DL Tomo LXIV. N.º 284, FCU, pp. 833-849. Giuzio, Graciela (oct.-dic. 2021). «Salud, condiciones de trabajo y medioambiente laboral: una relación inescindible», Rev. DL Tomo LXIV. N.º 284, FCU, pp. 793-810. Risso, Daniela. «Aspectos de seguridad, higiene y salud ocupacional a tener en cuenta en el teletrabajo», en XXXI Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Maldonado (2021). FCU, pp. 611-616. Spiwak Lew, Patricia; Martínez López, Alicia (2021). «Teletrabajo: desafíos para la protección de la salud y seguridad del trabajador ante la nueva regulación», en XXXI Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Maldonado, FCU, pp. 641-647. p. 9.

monitoreada su producción y evolución de acuerdo con las capacidades de cada funcionario y a las expectativas y necesidades de cada unidad organizativa.

G. Su implementación no debería ser una resistencia por parte de las autoridades, máxime cuando se ha venido constatando que la productividad aumenta. Asimismo, se debería prestar especial atención a que «Si bien los funcionarios están mayormente satisfechos con su trabajo, un 28 % manifiesta querer dejar su organismo en los próximos dos años y un 34 % ha buscado otro trabajo en los últimos dos años. De aquellos que han buscado trabajo, un 25 % lo ha hecho exclusivamente en el sector público, un 36 % exclusivamente en el sector privado, y un 39 % en ambos. Al mirar las razones que los motivarían a cambiar de trabajo, un 55 % de los funcionarios lo haría por un mejor sueldo, un 48 % por uno con más responsabilidad y un 40 % por más flexibilidad. Si bien los indicadores de satisfacción y motivación son en general similares para la Administración Central y los Entes Autónomos, los indicadores de retención son peores al interior de la Administración Central».²⁷ En definitiva, puede ser un importante factor de retención, así como de atracción de talento más capacitado y joven.

H. En el Plan Piloto detallado se han contemplado todos los aspectos de las condiciones de trabajo para aquellos funcionarios que teletrabajen, pudiéndose concretar finalmente en el contenido de un Decreto reglamentario que regule el teletrabajo en la Administración Central.

²⁷<https://www.gub.uy/oficina-nacional-servicio-civil/sites/oficina-nacional-servicio-civil/files/documentos/publicaciones/UY%20-%20PN.pdf>, p. 9.

Bibliografía

- BALTES, B. B.; BRIGGS, T. E.; HUFF, J. W.; WRIGHT, J. A. & NEUMAN, G. A. (1999). "Flexible and compressed workweek schedules: a meta-analysis of their effects on work-related criteria". *Journal of Applied Psychology*, 84.
- COENEN, M. & KOK, R. A. W. (2014). "Workplace flexibility and product development performance: The role of telework and flexible work schedules". *European Management Journal*, 32.
- DURAN PENEDO, B. (2021). "La desconexión digital", en XXXI Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Maldonado, FCU.
- GIUZIO, G.; CANCELA, M. (2021). "Teletrabajo e inequidades de género", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*. Ed. Adapt.
- GIUZIO, G. (2021). "Salud, condiciones de trabajo y medioambiente laboral: una relación inescindible", *Rev. DL Tomo LXIV. N.º 284*, FCU.
- GOLDEN, T. D. (2006 b). "The role of relationships in understanding telecommuter satisfaction". *Journal of Organizational Behavior*, 27.
- GOLDEN, T. D. & VEIGA, J. F. (2005). "The impact of extent of telecommuting on job satisfaction: resolving inconsistent findings". *Journal of Management*, 31.
- KITAGAWA, R.; KURODA, S.; OKUDAIRA, H. & OWAN, H. (2021). "Working from home: its effects on productivity and mental health". Discussion papers 21024, Research Institute of Economy, Trade and Industry (RIETI).
- ONSC (2021). Informe del Laboratorio de Innovación y Observatorio de la Función Pública. Monitoreo del teletrabajo en el Estado en marzo 2021. Informe interno.
- PANIZZA DOLABDJIAN, C. (2021). "El impacto de las nuevas tecnologías en la salud laboral", *Rev. DL Tomo LXIV. N.º 284*, FCU.
- PERDOMO, M. I. (2021). "Teletrabajo en el sector público estatal en el Uruguay", en XXXI Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Maldonado, FCU.

- RASO DELGUE, J. (2021). “La desconexión”, en XXXI Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Maldonado, FCU.
- RISSO, D. (2021). “Aspectos de seguridad, higiene y salud ocupacional a tener en cuenta en el teletrabajo”, en XXXI Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Maldonado, FCU.
- ROSENBAUM CARLI, F. (2019). “El “derecho” a la desconexión con especial énfasis en el sistema jurídico uruguayo”, Revista Derecho & Sociedad N.º 53.
- SPIWAK LEW, P. y MARTÍNEZ LÓPEZ, A. (2021). “Teletrabajo: desafíos para la protección de la salud y seguridad del trabajador ante la nueva regulación”, en XXXI Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Maldonado, FCU.

Recursos electrónicos

- BARRERO, J. M.; BLOOM, N. & DAVIS, S. (2021). “Why working from home will stick?”. Working paper 28731. National Bureau of Economic Research. Disponible en https://www.nber.org/system/files/working_papers/w28731/w28731.pdf.
- GOLDEN, T. D. (2006 a). “Avoiding depletion in virtual work: telework and the intervening impact of work exhaustion on commitment and turnover intentions”. Journal of Vocational Behavior, 69. Disponible en <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0001879106000133>.
- OECD (2020). Productivity gains from teleworking in the post COVID-19 era: How can public policies make it happen? Disponible en <https://www.oecd.org/coronavirus/policy-responses/productivity-gains-from-teleworking-in-the-post-covid-19-era-a5d52e99>.
- ONSC-AGESIC (2021). Informe encuesta de teletrabajo en el sector público. Disponible en <https://www.gub.uy/oficina-nacional-servicio-civil/comunicacion/publicaciones/encuesta-teletrabajo-sector-público>.
- ONSC BANCO MUNDIAL (2021). Disponible en <https://www.gub.uy/oficina-nacional-servicio-civil/comunicacion/publicaciones/resultados-recomendaciones-encuesta-sobre-calidad-gestion-humana>.

VIRICK, M.; DASILVA, N.; & ARRINGTON, K. (2010). "Moderators of the curvilinear relation between extent of telecommuting and job and life satisfaction: the role of performance outcome orientation and worker type". *Human Relations*, 63. Disponible en <https://doi.org/10.1177/0018726709349198>.

**EL PAPEL DE LOS SINDICATOS EN LA MITIGACIÓN DE LOS
IMPACTOS NEGATIVOS DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN
LAS PERSONAS VULNERABLES**

**THE ROLE OF TRADE UNIONS IN MITIGATING THE NEGATIVE
IMPACTS OF NEW TECHNOLOGIES ON VULNERABLE
PEOPLE**

Lidia VILCHEZ GARCÉS

*Docente de la Maestría de Derecho del Trabajo de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Socia líder del área de prevención y solución de conflictos laborales de la oficina en Perú de
Philippi, Prietocarrizosa, Ferrero DU & Uría Abogados.*

lidia.vilchez@ppulegal.com

Fecha de envío: 24/11/2022

Fecha de aceptación: 10/12/2022

EL PAPEL DE LOS SINDICATOS EN LA MITIGACIÓN DE LOS IMPACTOS NEGATIVOS DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN LAS PERSONAS VULNERABLES

Lidia VILCHEZ GARCÉS

Pontificia Universidad Católica del Perú (Perú)

Resumen: El presente trabajo de investigación busca conceptualizar adecuadamente algunas nociones. En primer lugar, la de personas vulnerables, entendidas estas, como personas que se encuentran, por motivos diversos, privadas del ejercicio regular de sus derechos fundamentales; en segundo, la noción de nuevas tecnologías, de manera general, como relacionadas al mundo de trabajo y su impacto. Definido ello, se cuestiona sobre cuál debe ser el rol del sindicato en la mitigación de la desventaja en que se halla el referido colectivo ante la desigualdad que, en parte, traen consigo las nuevas tecnologías.

Palabras clave: Personas vulnerables - Nuevas tecnologías - Sindicatos

Sumario: 1. Introducción. 2. Una primera delimitación necesaria: ¿Quiénes integran el colectivo de las denominadas personas vulnerables o en situación de vulnerabilidad? 3. Una segunda delimitación conceptual: ¿Qué se entiende por nuevas tecnologías? 4. Clases de NTIC en el desarrollo de la relación laboral. 5. Impacto de las NTIC en la relación laboral respecto de las personas vulnerables. 5.1. Impacto en el momento genético de la relación laboral: el proceso de selección. 5.2. Impacto durante el desarrollo de la relación laboral: trabajo a distancia y evaluaciones de desempeño. 6. El rol de los sindicatos en la mitigación de los impactos negativos de las NTIC en las personas vulnerables. 7. Reflexiones finales.

Abstract: The objective of the author's investigation is to properly conceptualize two notions. First, the notion of vulnerable people (people who are, for various reasons, deprived of the regular exercise of their fundamental rights); and second, the concept of new technologies, as a general definition and in relation to its impact in the workplace. In addition, and related to the aforementioned, it is relevant to analyze which is the role of the trade unions in order to mitigate the position of disadvantage of the aforementioned group, in regards of certain inequalities caused by new technologies.

Keywords: Vulnerable People - New technologies - Unions

Summary: 1. Introduction. 2. A first necessary delimitation: Who makes up the group of so-called vulnerable people or in a situation of vulnerability? 3. A second conceptual delimitation: What is meant by new technologies? 4. NICT classes in the development of the employment relationship. 5. Impact of the NICT in the employment relationship with respect to vulnerable people. 5.1. Impact on the genetic moment of the employment relationship: the selection process. 5.2. Impact during the development of the employment relationship: remote work and performance evaluations. 6. The role of unions in mitigating the negative impacts of NICTs on vulnerable people. 7. Final thoughts.

1. Introducción

La elaboración del presente Trabajo de Investigación plantea una serie de retos conceptuales importantes: implica abstraer diversas problemáticas (vulnerabilidad, nuevas tecnologías, trabajo, y rol de los sindicatos), comprenderlas, para luego procurar brindar un aporte que persiga, cuando menos, que se haga una pausa para analizar el rol que cada uno puede cumplir como agente de cambio.

Así pues y, partiendo por reconocer la complejidad del tema y la limitación del tiempo (*siempre tirano*), es importante hacer el esfuerzo de conceptualizar de manera sucinta, lo siguiente: (i) quiénes son consideradas personas en situación de vulnerabilidad; (ii) qué entendemos por nuevas tecnologías y cómo estas se desarrollan en el marco de la relación de trabajo (tanto positiva, como negativamente) y; (iii) cuál podría ser el papel que desempeñan (o podrían desempeñar) los sindicatos para contribuir a mitigar o reducir las situaciones de desigualdad y discriminación padecidas por aquellas personas.

2. Una primera delimitación necesaria: ¿Quiénes integran el colectivo de las denominadas personas vulnerables?

Conforme a lo anticipado, es preciso partir de una necesaria determinación conceptual, que implica definir qué se debe entender por vulnerabilidad y, por tanto, quiénes pueden ser comprendidos dentro de la categoría de personas vulnerables, procurando evitar – en lo posible – que dicha valoración traiga consigo implícita, una carga negativa.

Al respecto, refiere el interesantísimo Manual de Derechos Humanos de los Grupos Vulnerables, en su Prólogo, lo siguiente:

*Así, quienes son vulnerables –esto es todos [en nuestra condición de seres humanos]- lo somos en distinto grado, dependiendo de nuestra capacidad de resistencia frente a las afrentas de que somos objeto. **Por eso la noción de vulnerabilidad nos lleva rápidamente a hablar de igualdad, porque no todos tenemos idéntica capacidad de resistencia, porque no todos somos igualmente vulnerables, porque podemos identificar con facilidad***

características que hacen de unas personas, de unos grupos, elementos más vulnerables que otros.

En materia de protección de los derechos humanos las nociones de igualdad y de vulnerabilidad van particularmente unidas. Son vulnerables quienes tienen disminuidas, por distintas razones, sus capacidades para hacer frente a las eventuales lesiones de sus derechos básicos, de sus derechos humanos. Esa disminución de capacidades, esa vulnerabilidad va asociada a una condición determinada que permite identificar al individuo como integrante de un determinado colectivo que, como regla general, está en condiciones de clara desigualdad material con respecto al colectivo mayoritario. (Red de Derechos Humanos y Educación Superior, 2014) (El énfasis es añadido).

En línea similar, el Observatorio Nacional de la Violencia contra las Mujeres e Integrantes del Grupo Familiar de Perú, define a las personas en situación de vulnerabilidad, conforme a lo siguiente:

*Personas en situación de vulnerabilidad son las que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas o culturales, **se encuentran con especiales dificultades para ejercer con plenitud sus derechos.** Pueden constituir causas de vulnerabilidad, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género, la orientación sexual, la privación de libertad, entre otras. (Observatorio Nacional de la Violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar) (El énfasis es añadido).*

En este sentido, es posible entender que lo que determina que una persona o colectivo, se encuentre en situación de vulnerabilidad, es la disminución, limitación, impedimento, afectación o restricción, para el ejercicio pleno y regular de sus derechos fundamentales.

Partiendo de dicha definición amplia, es posible entender como personas vulnerables a las siguientes¹:

¹ Si bien ciertamente podrían existir otros colectivos omitidos inintencionalmente en el presente listado.

- *Los niños, niñas y adolescentes.* Este colectivo agrupa a toda persona menor de 18 años, de acuerdo a lo previsto en la Convención de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el año 1989 y vigente desde el año 1990.

- *Los adultos mayores.* De acuerdo a la legislación de Perú, se considera como adulto mayor a toda aquella persona que tuviera 60 años o más. Forman parte del colectivo de personas vulnerables, de acuerdo con la Defensoría del Pueblo del Perú, pues “[E]xisten situaciones de riesgo que afectan sus derechos a la vida, salud, integridad, dignidad, igualdad y la seguridad social, entre las que se encuentran la pobreza, el maltrato, la violencia, el abandono y la dependencia. También la discriminación por la edad genera condiciones de desigualdad que impiden que continúen participando activamente en la sociedad” (Defensoría del Pueblo, s.f.).

- *Las personas que presentan discapacidad;* a saber y, de acuerdo a la definición de la Organización Panamericana de la Salud, “aquellas que tienen deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo” (Organización Panamericana de la Salud, s.f.). Así, “[L]a discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno, que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás” (Organización de las Naciones Unidas, 2006).

- *Las mujeres.* Si bien las mujeres constituyen más del 50% de la población mundial, en función a determinadas variables socioculturales y geográficas, se encuentran en situación de vulnerabilidad a causa de conductas diversas: violencia, abuso, restricciones de acceso a la educación y salud, y específicamente en el terreno laboral, por percibir predominantemente menores salarios por trabajo de igual valor al desarrollado por hombres². Al respecto según un análisis de Adecco realizado en España en 2020, “[L]as diferencias

² Pese a que dicha desigualdad conviene el Convenio Internacional de Trabajo de la OIT N° 100 aprobado en 1950, que reza en su artículo 2, lo siguiente: *Todo Miembro deberá, empleando medios adaptados a los métodos vigentes de fijación de tasas de remuneración, promover y, en la medida en que sea compatible con dichos métodos, garantizar la aplicación a todos los trabajadores del principio de igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor.*

retributivas entre hombres y mujeres siguen siendo una realidad en nuestro país. Según los datos recogidos, los hombres cobran de media un 21,7% más de sueldo que las mujeres por el mismo trabajo en el mismo puesto” (Adecco, 2020).

- *Las personas con orientación sexual o identidad de género distinto del cisgénero (a saber, la comunidad LGTBIQ+).* En el caso de esta categoría de la población y, dentro de ella, con mayor incidencia en la comunidad *trans*, la vulnerabilidad llega incluso a situaciones de una gravedad tal que implica, en lamentablemente demasiadas ocasiones, incluso la privación de la vida y la salud, ello sin mencionar el impacto en el desarrollo de sus derechos fundamentales en cuanto al acceso y goce pleno de derechos civiles, laborales, educativos, entre otros.

- *Personas que sufren discriminación por su origen étnico*, tales como quienes pertenecen a pueblos originarios o afrodescendientes.

- *Los migrantes.* En estos casos, hay diversos motivos que determinan que, ya desde el país o lugar de origen, las personas que toman la decisión de migrar, lo hagan precisamente por no tener acceso al ejercicio o goce de sus derechos fundamentales (pobreza extrema, desastres naturales, cambio climático y degradación ambiental, inequidades de género, separación familiar, entre otros). Adicionalmente, con ocasión de la migración se encontrarán expuestos a violaciones adicionales a sus derechos fundamentales (ante riesgos derivados de viajes peligrosos e insalubres), impedimentos de acceso y expulsión del país de destino, ilegalidad en la permanencia, lo que dificulta el acceso a trabajo, educación y salud, entre otras duras restricciones³.

Es importante, en adición a la clasificación anterior, precisar una noción de suma trascendencia: las vulnerabilidades son potencialmente acumulativas y no excluyentes. Esto implica, por ejemplo, que pueden confluir en una misma persona y, por tanto, agravar su vulnerabilidad y su limitación al goce de los derechos fundamentales, diversos factores, tales como edad, sexo, etnia, entre

³ Para mayor información sobre este tema, resulta imprescindible la revisión del documento elaborado por la Organización de las Naciones Unidas y el Grupo de Migración Global denominado “*Principles and Guidelines, supported by practical guidance, on the human rights protection of migrants in vulnerable situations*” (United Nations Human Rights, Global Migration Group).

otras. En estos casos, como es evidente, las limitaciones se hacen más tangibles y la situación potencial de discriminación será aún más grave.

3. Una segunda delimitación conceptual: ¿Qué se entiende por nuevas tecnologías?

Luego de tener cierta claridad del concepto de personas en situación de vulnerabilidad, es necesario identificar cuáles son las nuevas tecnologías que podrían generar un impacto respecto de tales personas.

Partamos de una premisa inicial: las nuevas tecnologías no son nunca ni por demasiado tiempo, *tan* nuevas. Este Congreso Internacional es una prueba tangible de ello: quien participe en el evento, lo hará de manera sincrónica desde algún lugar del mundo, a través de un ordenador portátil o un teléfono celular, haciendo uso de sus datos telefónicos o de una red de wifi.

Este ejercicio de comunicación se habrá repetido en distintos momentos a lo largo de cada uno de nuestros días como profesionales, docentes o estudiantes: participación en reuniones vía plataformas de comunicación, interacciones a través de redes sociales y trabajo colaborativo en simultáneo, lectura de libros virtuales, y visualización de series o películas a través del streaming, por citar solo algunos ejemplos. En efecto, las denominadas nuevas tecnologías (de la información y comunicación (NTIC)), forman parte de nuestro movimiento y actuar cotidiano, seamos o no conscientes de ello.

Es importante, pese a que todos tenemos claridad práctica sobre sus alcances, definir a qué nos referimos, para efectos laborales, cuando hablamos de NTIC para, luego de ello, delimitar sus alcances en el tema materia del presente Trabajo.

El término se emplea, en principio, para *“referirse a diferentes instrumentos técnicos como el ordenador, las redes, la realidad virtual... que giran en torno de las telecomunicaciones, la informática y los audiovisuales de forma interactiva”* (Meneses, 2007). Ahonda en esta definición, con una agudeza interesante, Darío, quien puntualiza que *“[l]a expresión nuevas tecnologías nos dice que existieron otras que ya quedaron en el recuerdo, pero también que es*

una visión actual de ciertas herramientas que han surgido con la explosión de la comunicación cibernética sabiendo que, en un futuro próximo o lejano, estas mismas pueden quedar antiguas al aparecer otras mucho más sofisticadas.” (Darío, 2017). Es decir, la noción misma de NTIC trae implícito el paradigma de cambio y de transformación constante, pues las tecnologías irán evolucionando incesantemente, al punto que lo que constituían avances de vanguardia hace tan solo un lustro, hoy podrían ya haber pasado o estar por pasar a la obsolescencia.

Los elementos que distinguen de manera transversal a las nuevas tecnologías, siguiendo a Darío, son los siguientes (DARÍO, 2007):

- Novedad en lo cuantitativo: la cantidad de información que se puede procesar es ampliamente superior a lo conocido hasta hace muy poco (Big Data⁴).
- Velocidad e inmediatez en el procesamiento de la información.
- El nivel de accesibilidad permite que se encuentren en todos los ámbitos de la vida cotidiana.
- La virtualidad.

Si bien reconocemos que el paradigma es el del cambio constante y la transformación, es importante delimitar el análisis, de manera que tengamos claridad respecto de cuáles son las nuevas tecnologías que vienen desarrollándose. Del mismo modo, comprender cómo es que su expansión podría estar ya generando riesgos e impactos en determinadas poblaciones y, ciertamente, en el marco de la relación laboral.

4. Clases de NTIC en el desarrollo de la relación laboral

En este sentido y, si bien no se pretende agotar un tema tan complejo en estas pocas páginas, sí que es necesario delimitar cómo es que las NTIC se conectan con el desarrollo de los distintos momentos de una relación laboral,

⁴ Datos a gran escala, macro data o datos masivos: “*su centro gravitacional está en el tratamiento automatizado de datos a gran escala y a gran velocidad. Este concepto hace referencia a la acumulación masiva de datos y a los procedimientos usados para identificar patrones recurrentes dentro de esos datos que superan los límites y capacidades de ser tratados de manera convencional*” (Reis de Araujo, 2017).

tanto en su vertiente genética, como en las vicisitudes propias del desarrollo mismo. En atención a ello, a título ilustrativo, es posible aludir de manera sucinta a algunas manifestaciones de las nuevas tecnologías en el marco de la relación laboral.

En primer lugar, podemos partir por aludir a aquellas NTIC que cuentan ya con un desarrollo doctrinario, jurisprudencial y/o normativo desde hace algunos años y quizás – en ciertos de ellos – ya unas pocas décadas. Dentro de esta categoría inicial, se encuentra el uso del correo electrónico, los mecanismos de comunicación en tiempo real a través de sistemas de mensajería instantánea y redes sociales (WhatsApp, Telegram, Facebook, Twitter, Instagram, TikTok, entre otras), la implementación de sistemas de geolocalización del personal a través de mecanismos de GPS (*Global Positioning System* o Sistema de Posicionamiento Global) o monitorización a través de datos biométricos (es decir, datos que - por sí mismos - permiten la plena identificación de su titular, tales como huellas digitales, lectura de iris o retina, identificación de voz o facial, entre otros).

En segundo lugar, existe un segundo grupo de NTIC que, si bien vienen teniendo un desarrollo vertiginoso desde hace unos años, vienen demostrando su impacto en la relación laboral de manera meridianamente reciente. Nos referimos a las herramientas que proporciona la Inteligencia Artificial (IA), mecanismo que ha viabilizado el procesamiento, sistematización y automatización de la previamente referida Big Data⁵. De acuerdo con la definición de la propia Hewlett Packard Enterprise, dicha IA es una rama de la ciencia informática en virtud de la cual las computadoras, funcionan y realizan tareas de una sofisticación tal que se tornan, inclusive, en equivalentes al funcionamiento de una mente humana, mediante acciones tales como aprender o razonar, percibir el significado del lenguaje escrito o hablado, reconocer la

⁵ “La IA es la tecnología que permite que aparatos electrónicos posean una inteligencia asimilable a la humana; sin embargo, al hablar de una máquina y no de una persona, la capacidad de almacenamiento y procesamiento es altamente mayor y el tiempo que demora en hacerlo es abismalmente menor. En consecuencia, podemos afirmar que ambos términos están estrechamente relacionados, ya que, ante la existencia de exponenciales cantidades de datos, se requiere de tecnologías capaces de gestionarlos y optimizarlos para luego sacarles el máximo provecho a través de la obtención de proyecciones que le permitan tomar decisiones eficientes. Es decir, big data presupone la IA” (Toyama & Rodríguez, 2019).

identidad de las personas, así como sus expresiones faciales (Hewlett Packard Enterprise, 2020). Así, a través del procesamiento cada vez mayor de información y algoritmos cada vez más sofisticados, las computadoras pueden empezar a predecir comportamientos futuros – inclusive humanos – e ir tomando decisiones⁶.

En síntesis, para efectos del presente Trabajo, se alude a dos categorías de NTIC: las más “tradicionales”, si cabe el término, y las más recientes. Ambas categorías despliegan sus efectos en distintos momentos de la relación laboral, aportando ventajas y desventajas, conforme es posible apreciar seguidamente.

5. Impacto de las NTIC en la relación laboral respecto de las personas vulnerables

En primer lugar, no sería adecuado entender que las NTIC han desplegado únicamente impactos negativos en algún colectivo específico de personas en situación de vulnerabilidad, sino que ciertamente es importante identificar también, aquellos aspectos que son positivos y que, por tanto, pueden contribuir a reducir situaciones potencialmente discriminatorias o lesivas de los derechos fundamentales de los trabajadores que pertenecen a poblaciones vulnerables.

5.1. Impacto en el momento genético de la relación laboral: el proceso de selección

Las NTIC, en particular, las más recientes, han implicado una transformación considerable en cuanto a la forma cómo se selecciona al personal. Así, hasta hace tan solo algunos años, los procesos de selección eran

⁶ “Así, la IA identifica patrones de comportamiento, de consumo de bienes y servicios, con un nivel de detalle tal que, al utilizar motores de búsqueda como Google, por ejemplo, los resultados que se obtengan variarán entre persona y persona en función a su comportamiento anterior en la web, inclusive tratándose de personas de edades similares, mismo sexo, lugar de residencia, nivel socio económico, entre otras variables tradicionales de diferenciación. La información valiosa que permite obtener, por tanto, ha revolucionado la forma cómo se comporta el mercado y cómo se toman las decisiones de consumo.” (Vilchez, Lidia, 2020).

conducidos íntegramente por personas pertenecientes a las áreas de selección y reclutamiento de las compañías que requerían al personal. Aquellas, tras una revisión de las hojas de vida de los postulantes y una o varias entrevistas (predominantemente presenciales), determinaban cuál era el o la candidato/a idóneo/a para el puesto vacante.

Actualmente, en cambio, cada vez más procesos de selección de personal son administrados directamente mediante plataformas inteligentes de reclutamiento, que seleccionan a los candidatos con la sola aplicación de algoritmos que contienen el perfil *idóneo* del puesto vacante y las características de los postulantes, para lograr así hallar, con mínima inversión de tiempo, a la *persona idónea* para el puesto.

Si bien este proceso parecería ser uno desprovisto de sesgos y subjetividades y, por tanto, no debería generar situaciones de discriminación, lo cierto es que los criterios para la aplicación de los filtros de búsqueda sí son proporcionados por un ser humano. En esa medida, serán sus sesgos – conscientes o inconscientes – los que podrían potencialmente, contaminar con discriminación un proceso perceptible como neutro.

Ello ocurre, por ejemplo, cuando en los parámetros de selección se señala que los postulantes deberían tener disponibilidad permanente para trasladarse de un lugar a otro o trabajar en sobretiempo con cierta periodicidad. Estos filtros podrían – con o sin intencionalidad – excluir del proceso, por ejemplo, a adultos mayores y personas con discapacidad (limitados de manera relativa en su movilidad física) o respecto de aquellas personas a cargo prioritario de las responsabilidades de crianza o cuidado del hogar (lo cual ocurre, en nuestra región, predominantemente en el caso de las mujeres).

Estas situaciones se pueden presentar con frecuencia, enmarcándose – en apariencia – en el ejercicio del derecho del empleador de delimitar libremente sus parámetros de contratación de trabajadores en base a sus requerimientos legítimos. No obstante y, pese a las dificultades probatorias que podrían presentarse, en determinadas circunstancias se podría estar ante un claro conflicto con el derecho fundamental a la no discriminación de estos colectivos vulnerables.

Por otro lado, ciertos colectivos vulnerables enfrentan retos adicionales al momento genético de la relación laboral, con ocasión de la posibilidad de acceso que tienen los potenciales empleadores, a las interacciones y comportamiento de los postulantes a través de las redes sociales. Este mecanismo para obtener información sobre los postulantes es uno empleado de manera global, respecto de lo cual existe incluso estadísticas y estudios al respecto. Por ejemplo, como apunta De Castro, *“casi el noventa por ciento de las empresas ya utiliza en España las redes sociales como apoyo o complemento en sus procesos de selección de candidatos, fundamentalmente, para consultar la actividad de éstos en Internet antes de llamarles a una entrevista personal”*⁷ (De Castro, 2017).

En este sentido, un empleador podría descartar en el proceso de selección, a un candidato que se reconoce abiertamente como parte del colectivo LGTBIQ+ a través de sus redes sociales de acceso público. En el mismo sentido, podría descartarse del proceso a candidatas con hijos menores, lo cual podría constatarse tras un repaso superficial de sus interacciones en redes sociales.

Ambas situaciones constituirían claramente conductas discriminatorias y, por tanto proscritas por las Constituciones de la mayoría de los países del mundo. De este modo, *“el derecho a no ser discriminado se aplica tanto a las decisiones extintivas, como al propio acceso al trabajo, habida cuenta que -la cursiva es de este autor- «si ello es así en el ámbito de decisiones que inicialmente pueden aparecer como amparadas en la libertad de contratación del empresario, dada “la necesidad de garantizar que los derechos fundamentales del trabajador no sean desconocidos por el empresario bajo la cobertura formal del ejercicio por parte de éste de los derechos y facultades, reconocidos por las normas laborales para organizar las prestaciones de trabajo” (STC 90/1997, de 6/ Mayo, FJ 5)”* (De Castro, 2017).

Sin embargo, el desafío – al igual que en el supuesto anterior – vendría por la dificultad de demostrar que la decisión de descartar a uno u otro postulante obedeció a esta revisión de las redes sociales y a un motivo prohibido (discriminación por sexo, por identidad de género u opción sexual). Es decir,

⁷ Encuesta extraída del *“4to Informe Infoempleo-Adecco Redes Sociales y Mercado de Trabajo”* www.adecco.es/_data/NotasPrensa/pdf/642.pdf.

pese a la antijuricidad de dicho comportamiento, lamentablemente será muy difícil de demostrar o de generar resarcimiento respecto de aquellos que se hubieran visto agraviados.

5.2. Impacto durante el desarrollo de la relación laboral: trabajo a distancia y evaluaciones de desempeño

El segundo momento analizado es uno subsecuente: las NTIC durante el desenvolvimiento y vicisitudes de la relación de trabajo entre el personal y el empleador.

Es incuestionable, a este punto, que las nuevas tecnologías han permitido dar avances importantes en la incorporación al mercado de trabajo de personas vulnerables, en particular con ocasión de los aprendizajes (¿o quizás los *desaprendizajes*?) logrados a partir de la pandemia originada por el COVID-19 en relación a la posibilidad de realizar trabajo a distancia o teletrabajo.

La pandemia, pues, demostró hasta a los más escépticos, que el trabajo a distancia es viable y que no necesariamente impacta en la productividad de los trabajadores. Del mismo modo, evidenció que es funcional y factible que las reuniones de trabajo se desarrollen de manera virtual, compartiendo contenido de manera colaborativa en tiempo real (a través del sinnúmero de plataformas creadas para ello: Zoom, Teams, Google Meet, Webex, entre otras), reduciéndose así la necesidad de realizar viajes de trabajo con demasiada frecuencia y limitando ostensiblemente los tiempos de desplazamiento.

Fue precisamente esta posibilidad de trabajar y reunirse de manera remota nacida predominantemente con ocasión de la pandemia, sus restricciones masivas y globales de movilización, lo que permitió que muchas mujeres, por ejemplo, pudieran trabajar desde sus domicilios, sin tener que desatender sus actividades de cuidado y acercándose, al menos en alguna medida no exenta de dificultades, al equilibrio entre la vida familiar y profesional. Adicionalmente, la posibilidad de continuar trabajando de manera remota incluso habiéndose superado la pandemia, podría contribuir a una mayor inserción

laboral a favor de aquellas personas con discapacidades físicas que presentan limitaciones de movimiento o personas adultas mayores.

Si bien lo anterior implica aspectos positivos, las NTIC más recientes han aportado algunos riesgos – ciertamente matizables, como los vinculados a las evaluaciones por desempeño desarrolladas a través de la automatización del proceso mediante la IA. Al igual que lo que ocurre en el caso de los procesos de selección, las evaluaciones a través de la IA contienen criterios o parámetros aparentemente neutros determinados en base a objetivos e indicadores predeterminados por el empleador.

Sin embargo, será complejo que cualquier algoritmo matice, pondere o puntúe de manera cabal, por ejemplo, las habilidades blandas (por su inherente componente subjetivo), lo cual podría conllevar que trabajadores con grandes dotes de liderazgo y proactividad, sean valorados negativamente por tener un menor puntaje en habilidades puramente técnicas (que es, en contraposición, lo más fácilmente conmensurable).

Del mismo modo, las evaluaciones de desempeño desarrolladas a través de la IA, habitualmente no incorporan matices respecto de situaciones particulares de determinadas personas o colectivos. Así, por ejemplo, habrá personas que trabajen en jornadas más cortas (jornadas parciales) o que, laborando jornada completa, no estén en la posibilidad de realizar trabajo en sobretiempo, en días festivos, o fuera de la localidad habitual, lo que podría equipararse injustificadamente a un bajo nivel de compromiso con la organización, pese a que es muy probable que tales colectivos estén compuestos, precisamente, por mujeres, personas con discapacidad o adultos mayores. Esta realidad, en caso no fuera revisada y modulada correctamente tras los resultados duros de la evaluación, podría generar un menor crecimiento profesional precisamente de los colectivos vulnerables, con impacto en sus remuneraciones, bonificaciones o promociones.

6. El rol de los sindicatos en la mitigación de los impactos negativos de las NTIC en las personas vulnerables

Hasta este punto se ha abordado y procurado conectar dos conceptos sumamente relevantes: la adecuada identificación de los colectivos vulnerables y cómo es que se han visto afectados, positiva y negativamente, por el desarrollo de las nuevas tecnologías, tanto al momento previo al inicio de la relación de trabajo, como durante su desarrollo.

Ahora corresponde identificar cuál podría ser el rol de los sindicatos y de qué maneras podrían contribuir para mitigar en alguna medida la situación respecto de las personas vulnerables en el marco de la relación de trabajo.

Es importante partir por reconocer que los sindicatos cumplen un rol democratizador esencial en la vida de cada nación. Así, *“el fenómeno sindical es uno de los componentes básicos de la autonomía colectiva, y por tanto es un componente esencial de la democracia, que le da un rostro más humano y que canaliza el conflicto laboral de la manera más eficiente y adecuada a partir del papel preponderante de las partes en la regulación concreta (y, por tanto, adecuada) de las condiciones de trabajo, la organización del trabajo y el reparto del excedente”* (Villavicencio, 2012). Este rol democratizador debería pues, incorporar, como parte de su ámbito a todos los trabajadores, incluyendo por supuesto, a aquellos en condición de vulnerabilidad.

No obstante lo anterior, se debe reconocer que el impacto o potencial transformador dependerá, en considerable medida, de la fuerza del sindicato como interlocutor, tanto con el Estado como con el empleador. Así, en realidades con un sindicalismo atomizado con predominancia del sindicato de empresa, con una tasa de afiliación baja y sin diálogo social (como ocurre, por ejemplo, en el Perú), la posibilidad de contribuir en la introducción de reformas sustanciales en beneficio de los colectivos vulnerables, será limitada a las empresas en las que tengan presencia y representación. En cambio, en contextos con un sindicalismo fuerte, con tripartismo, diálogo social consolidado y con predominancia de sindicatos nacionales potentes, su capacidad de ser actores protagónicos del cambio será mucho mayor.

En cualquier caso, con prescindencia de su fuerza de interlocución, todos los sindicatos deberían incorporar como parte de su agenda, la representación y la reducción de las inequidades que se presentan en torno a las personas

vulnerables en el marco de las relaciones de trabajo en general (es decir, no únicamente en relación con las NTIC). Así, esta agenda debería centrarse en dos aspectos esenciales: (i) en su libertad de organización interna, y; (ii) en su rol de representación de los trabajadores ante el empleador (desplegado prioritariamente durante la negociación colectiva).

Así, el primer aspecto deberá consistir, como punto de partida, en auto examinarse e identificar si dentro de su propia organización, existe diversidad y representación suficiente de la mayor cantidad posible de poblaciones vulnerables que se encuentren presentes en el ámbito al cual pertenecen (la empresa, el gremio, la rama de actividad, por ejemplo). Es decir, identificar si, existen afiliados, afiliadas, personas LGTBIQ+, adultos mayores, personas de diferentes etnias, personas con discapacidad, migrantes, entre otros colectivos vulnerables. Esto implica, a su vez, un doble ejercicio: identificar no solamente si hay afiliados dentro de la organización sindical, sino si existe representación de estos colectivos en la junta directiva o en la comisión negociadora del pliego de reclamos. Es decir, si están presentes directamente al momento de la toma de decisiones.

Esto será esencial, pues permitirá a cada sindicato tener conocimiento y mejor comprensión de los desafíos, problemáticas, limitaciones y restricciones que padecen en el marco de la relación de trabajo las personas vulnerables. A manera de ejemplo, la inexistencia de mujeres en la vida directiva sindical, podría explicar cómo es que problemáticas vinculadas a las trabajadoras son casi nunca abordadas de manera prioritaria en la negociación colectiva. Similar ejemplo, aplica perfectamente para las personas con discapacidad y los demás colectivos vulnerables. Dicho en pocas palabras: no se puede abogar por aquello que no se conoce o entiende.

El segundo aspecto e idealmente derivado del primero, se debería materializar en el marco del diálogo, la concertación, y la negociación colectiva. Conociendo las problemáticas que se afrontan desde el inicio de la búsqueda de un empleo hasta las vicisitudes propias del desarrollo de la relación laboral, por parte de las personas vulnerables, los sindicatos tienen el rol de incorporar en el diálogo y la discusión con su contraparte negocial, diversos temas orientados a

reducir la brecha de desigualdad y la discriminación en perjuicio de tales colectivos.

En lo que respecta a compromisos generales, los sindicatos podrían evaluar lo siguiente:

- Establecer como acción prioritaria, *velar por la adecuada representación de afiliados en situación de vulnerabilidad*. Esto permitirá acceder a conocimiento relevante y valioso sobre las grandes y pequeñas dificultades que se presentan en el marco de la relación de trabajo. Con dicho conocimiento será posible establecer prioridades de atención y elaborar propuestas de solución o mitigación.

- Incorporar en la discusión, *compromisos bilaterales en torno al respeto del derecho a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad, y la proscripción de la discriminación*. Estos compromisos deberían ser amplios, procurando comprender dentro de él a personas vulnerables de todas las categorías, sin excepción alguna. Como parte de estos compromisos, por ejemplo, cabría incorporar, tanto para la parte sindical como la parte empleadora, el respeto por la identidad de género de cada trabajador en todo aquello que sea posible (como el reconocimiento del *nombre social* dentro del centro de trabajo, aun cuando no hubiera operado un cambio de nombre y sexo ante los registros nacionales correspondientes).

- Incorporar en la discusión, compromisos orientados a permitir la implementación de *ciertas acciones afirmativas con miras a que el empleador garantice un entorno laboral diverso e inclusivo*, tales como cuotas progresivas de contratación de personas vulnerables.

- Contribuir en el desarrollo de *ajustes físicos (a saber, en las instalaciones)*, para facilitar la adecuada incorporación e inserción en el centro de trabajo y en la vida gremial de determinadas poblaciones vulnerables (tales como los discapacitados o los adultos mayores).

- *Participar en el diseño de políticas o guías internas que contribuyan a la formación y sensibilización social tanto a nivel del empleador como a nivel sindical* sobre la importancia de la adopción de medidas orientadas a reducir las

desigualdades y a prevenir, pero también sancionar la discriminación padecida por los colectivos vulnerables.

- *Promover la investigación conjuntamente con el empleador para conocer dónde y cómo es que se presentan las mayores violaciones a los derechos fundamentales de los colectivos vulnerables, para adoptar acciones preventivas y correctivas a corto, mediano y largo plazo.*

- *Impulsar mejoras en infraestructura para atender a determinadas problemáticas que afectan prioritariamente a determinados colectivos vulnerables: colocación de servicios higiénicos a distancias que permitan fácil acceso de trabajadoras en operaciones en áreas extensas (minería, por ejemplo), servicios higiénicos neutros (a saber, que no sean para varones y mujeres por separado), implementación de lactarios o guarderías, colocación de una mayor cantidad de dispositivos de seguridad en las instalaciones (barandas, rampas de acceso, sensores), entre otros.*

Como se aprecia, existe un amplio camino por delante y un rol fundamental que pueden - al menos, intentar - cumplir las organizaciones sindicales, como agentes de cambio reductores de desigualdades respecto de la población vulnerable. Por su parte, en relación con el impacto negativo que podrían tener las NTIC en las personas vulnerables en el marco de la relación de trabajo, correspondería analizar los siguientes tópicos, prioritariamente en el marco de la negociación colectiva:

- *Trabajar conjuntamente con el empleador en visibilizar las diferencias y brindar información.* Esto pasa por generar y difundir contenido mediante distintos mecanismos (reconociendo que el contenido visual a través de redes sociales genera un mejor impacto), que permitan a la mayoría de los trabajadores entender en qué consiste ser una persona vulnerable, cuáles son sus principales dificultades y contribuir así, con educación, a un entorno de trabajo más inclusivo.

- *Impulsar - valiéndose precisamente de las nuevas tecnologías - el favorecimiento de jornadas de trabajo especiales o la implementación prioritaria del trabajo a distancia para personas a cargo del cuidado familiar (prioritariamente mujeres), adultos mayores y personas con discapacidad. Es*

decir, promover que, siempre que ello sea deseado por las personas comprendidas y posible, tengan prioridad para cumplir con sus compromisos laborales desde casa, a través de las NTIC, sin necesidad de desplazarse.

- *Buscar la participación de un representante del sindicato como observador (según sea ello posible) en los procesos de selección gestionados prioritariamente a través de mecanismos de IA, de manera que se genere un contrapeso adicional orientado a matizar los sesgos – conscientes o inconscientes – de quien definió los requisitos de postulación. De este modo, podrían evitarse situaciones en las cuales candidatos en situación de vulnerabilidad, sean excluidos de la evaluación.*

- *Promover, a través de organizaciones especializadas, la realización de la mayor cantidad de capacitaciones laborales desarrolladas de manera inclusiva, permitiéndose la participación de todos, incluyendo a las personas con distintos tipos de discapacidad (visuales, auditivas, entre otras). Es decir, se trata en este punto de capacitaciones relacionadas con el trabajo mismo, a efectos de permitir un mejor desarrollo de competencias y habilidades, con miras a mejorar la situación laboral de las personas vulnerables.*

- *Impulsar la introducción de mecanismos de ponderación de las evaluaciones realizadas a través de la IA, a través de mesas de validación que permitan que personas vulnerables continúen con su desarrollo profesional en la organización, sin verse perjudicadas por evaluaciones aparentemente objetivas en base a habilidades técnicas (duras), pero que podrían desatender una adecuada ponderación de situaciones particulares de las poblaciones vulnerables (que podría confundir imposibilidad de laborar en jornadas extensas, con falta de compromiso hacia la organización, por ejemplo) o que omitan asignar un peso adecuado a la medición de habilidades blandas (evaluación intrínsecamente subjetiva).*

Evidentemente, como se señala en la introducción de este Capítulo, la fuerza propositiva y decisiva que tendrán las organizaciones sindicales será sumamente variable, en función a sus dimensiones y ámbito. Sin embargo, la única forma de lograr cambios relevantes es ponerlos en agenda y empezar a discutirlos al menos progresivamente, a prestarles atención, a comprender su

trascendencia y potencial transformador en la vida de un sinnúmero de personas en situación de vulnerabilidad.

7. Reflexiones finales

A lo largo del presente Trabajo de Investigación se ha perseguido abrir diversos espacios para la reflexión y el entendimiento de determinados conceptos a los que se alude de manera cotidiana, pero respecto de los cuales, probablemente no existe el conocimiento suficiente.

Por un lado, se ha procurado ensayar una definición de personas vulnerables. A saber, aquellas que enfrentan la privación del ejercicio regular de sus derechos fundamentales: mujeres, niñas, niños y adolescentes, comunidad LGTBIQ+, migrantes, descendientes de pueblos originarios, afrodescendientes, adultos mayores, entre otros. De hecho, las vulnerabilidades son en muchos casos, acumulativas, de modo que dentro de este colectivo, habrá personas aún más expuestas a la desigualdad y discriminación, por confluir en ellas, más de un supuesto que las hace vulnerables: género (mujer), edad (niña) y etnia (afrodescendiente), por citar un ejemplo. Como es evidente, esta situación de vulnerabilidad se extiende al ámbito de trabajo, ocasionando dificultades para el acceso al empleo y el crecimiento profesional en igualdad de condiciones.

Las nuevas tecnologías, por su parte, traen ventajas y oportunidades que, en muchos casos, pueden contribuir en la reducción de la precariedad laboral que padecen las personas vulnerables. Así, por ejemplo, las restricciones de movilización y el aumento de uso de herramientas tecnológicas para la comunicación derivadas del Covid-19, han demostrado que es posible trabajar de manera productiva a distancia, lo cual podría contribuir a largo plazo al desarrollo profesional de mujeres (responsables primarias del cuidado del hogar), personas con discapacidad y adultos mayores (que presentan limitaciones relevantes de movilidad). Del mismo modo, la tecnología puede facilitar el acceso a la educación y formación, mejorando transversalmente la empleabilidad.

Sin embargo, las nuevas tecnologías también plantean retos y desventajas, en particular en lo que respecta a la toma de decisiones empresariales basada en resultados provistos en base a IA; por ejemplo, en lo que respecta a los procesos de selección de personal y evaluaciones de desempeño. Así, la determinación de algoritmos con criterios aparentemente neutros (disponibilidad de trabajo en sobretiempo, facilidad de traslado geográfico, entre otros), puede incidir en la contratación y evaluación de personas que, por sus particulares características (mujeres, adultos mayores, personas con discapacidad), no pueden trasladarse ni extender sus jornadas.

Partiendo por entender esta realidad, se reconoce que los sindicatos, en su inherente condición democratizadora, tienen un rol muy importante para procurar mejorar la situación de los colectivos vulnerables, tanto en términos generales (promoviendo la introducción de ajustes físicos en las áreas de trabajo y la asunción de compromisos de erradicación de la discriminación, implementación de políticas y guías conjuntamente con el empleador, entre otros), como en cuanto se refiere específicamente al uso de las nuevas tecnologías (como el impulso de medidas de educación, así como de vigilancia a los procesos de selección y evaluación, de modo que las variables objetivas no se vean contaminadas con sesgos discriminatorios).

Finalmente, es incuestionable que el potencial transformador y la capacidad de interlocución dependerán de manera directamente proporcional a la fuerza gremial de cada sindicato. No obstante, es importante reconocer que aun el sindicato más pequeño debe interiorizar su responsabilidad en cuanto a poner el tema en discusión, tanto internamente (incorporando no solo como afiliados sino también como dirigentes, a más personas vulnerables), como de cara a la contraparte empresarial, mediante planteamientos constructivos a través de la negociación colectiva y otros mecanismos de concertación y diálogo, en aras de contribuir con la reducción de la desigualdad y discriminación padecidas por los colectivos vulnerables.

Bibliografía

- DARÍO, R. (2017). Las nuevas tecnologías ¿avances o frustraciones? . *Educación y Futuro N°17*, 233-257.
- DE CASTRO, L. F. (2017). Las nuevas maneras de trabajar y las redes sociales. En AAVV, *Nuevas tecnologías y nuevas maneras de trabajar: estudios desde el derecho español y comparado* (págs. 302-323). Madrid: Dykinson.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, O. (2006). Convención de la ONU.
- RED DE DERECHOS HUMANOS Y EDUCACIÓN SUPERIOR. (2014). *Derechos Humanos de los Grupos Vulnerables - Manual*.
- TOYAMA, J. y RODRÍGUEZ, A. (2019). Algoritmos laborales: Big Data e Inteligencia artificial. *Themis Revista de Derecho N° 75*, 255-266.
- VILCHEZ, Lidia. (2020). Nuevas Tecnologías y poder de dirección: la fiscalización laboral en la era de la inteligencia artificial. En AAVV, *Libro del IX Congreso Nacional del Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social* (pág. 649). Lima: SPDTSS.
- VILLAVICENCIO, A. (2012). El Modelo de Relaciones Colectivas peruano: del intervencionista y restrictivo al promocional. En C. E. PUCP, *Derecho Pucp 68 El Rumbo de las Reformas Laborales - Balance y Perspectivas* (pág. 552). Lima: Fondo Editorial PUCP.

Recursos electrónicos

- ADECCO. (2020). *Informe Infoempleo Adecco: Oferta y Demanda de Empleo en España*. Obtenido de <https://cdn.infoempleo.com/infoempleo/documentacion/Informe-infoempleo-adecco-2020.pdf>.
- ATIENZA, J. (03 de Julio de 2017). *lavanguardia.com*. Obtenido de <https://www.lavanguardia.com/vivo/lgtb/20170701/423783279046/diccionario-identidades-de-genero.html>

- DEFENSORÍA DEL PUEBLO. (s.f.). *Defensoría del Pueblo*. Obtenido de https://www.defensoria.gob.pe/grupos_de_proteccion/adultos-mayores/.
- HEWLETT PACKARD ENTERPRISE. (2020). Obtenido de <https://www.hpe.com/lamerica/es/what-is/artificial-intelligence.html>.
- MENESES, G. (26 de junio de 2007). *NTIC, interacción y aprendizaje en la universidad*. Obtenido de Universitat Rovira i Virgili: <https://www.tdx.cat/handle/10803/8929#page=6>.
- OBSERVATORIO NACIONAL DE LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES Y LOS INTEGRANTES DEL GRUPO FAMILIAR. (s.f.). *Grupos Vulnerables*. Obtenido de <https://observatorioviolencia.pe/grupos-vulnerables-ley-n30364/>.
- ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD. (s.f.). *OPS*. Obtenido de <https://www.paho.org/es/temas/discapacidad>.
- REIS DE ARAUJO, A. (2017). *La dignidad humana como límite al poder de control - Tesis Doctoral UCM*. Obtenido de <https://eprints.ucm.es/id/eprint/41085/1/T38343.pdf>.
- UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS, GLOBAL MIGRATION GROUP. (s.f.). *Principles and guidelines, supported by practical guidance, on the human rights protection of migrants in vulnerable situations*. Obtenido de <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Migration/PrinciplesAndGuidelines.pdf>.

PRECARIEDAD LABORAL EN EL TRABAJO PRESTADO MEDIANTE PLATAFORMAS DIGITALES EN EL PERÚ

LABOUR PRECARIETY IN THE WORK PROVIDED THROUGH DIGITAL PLATFORMS IN PERU

Guillermo BOZA PRÓ

Profesor principal de Derecho del Trabajo de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

boza.g@pucp.edu.pe

Joaquín BRIONES ZEGARRA

Adjunto de docencia del curso de Derecho Laboral General en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro del GIDEPROC-PUCP.

joaquin.briones@pucp.pe

Fecha de envío: 05/09/2022

Fecha de aceptación: 30/11/2022

PRECARIEDAD LABORAL EN EL TRABAJO PRESTADO MEDIANTE PLATAFORMAS DIGITALES EN EL PERÚ

Guillermo BOZA PRÓ

Pontificia Universidad Católica del Perú (Perú)

Joaquín BRIONES ZEGARRA

Pontificia Universidad Católica del Perú (Perú)

Resumen: El trabajo a través de plataformas digitales ha generado una serie de interrogantes desde la óptica del Derecho Laboral. Independientemente del debate jurídico sobre el particular, la realidad demuestra la precariedad asociada a estas novedosas formas de empleo. En el presente artículo, los autores se aproximan a este fenómeno a partir de un breve repaso de sus principales características. Adicionalmente, y con el propósito de tutelar las auténticas relaciones de trabajo subordinado que pueden surgir en la prestación de servicios mediante plataformas digitales *offline*, se analizan algunas herramientas probatorias. Concretamente, el uso de presunciones legales, la existencia de nuevos indicios de laboralidad, el empleo de cargas probatorias dinámicas y el principio de primacía de la realidad, cobran especial trascendencia para el reconocimiento del vínculo laboral.

Palabras clave: Plataformas digitales - Derecho del trabajo - Presunción de laboralidad - Indicios de laboralidad

Sumario: 1. Introducción: sociedad de la información y nuevas formas de trabajo. 2. Trabajo a través de plataformas digitales. Principales características. Apariencia de autonomía. 3. Situación actual del trabajo a través de plataformas digitales. 4. Facilitación probatoria. Presunciones legales, prueba indiciaria, cargas probatorias dinámicas, principio de primacía de la realidad. A) Presunción

de laboralidad y carga probatoria. B) Los indicios. C) Indicios laborales en el trabajo prestado en las plataformas digitales. D) Las cargas probatorias dinámicas. E) La actuación del principio de primacía de la realidad. 5. La reforma pendiente en el Perú y una reflexión final. 6. Conclusiones.

Abstract: Work through digital platforms has raised a series of questions from the perspective of Labor Law. Regardless of the legal debate on the matter, reality shows the precarity associated with these new forms of employment. In this article, the authors approach this phenomenon from a brief review of its main characteristics. Additionally, and with the purpose of protecting the authentic subordinate labor relationships that may arise in the provision of services through *offline* platforms, some probatory tools are analyzed. Specifically, the use of legal presumptions, the existence of new labour evidence, the use of dynamic burdens of proof and the principle of primacy of reality, are of special importance for the recognition of the employment relationship.

Keywords: Digital platforms - Labor law - Presumption of employment - Labour evidence

Summary: 1. Introduction: information society and new ways of working. 2. I work through digital platforms. Main features. Appearance of autonomy. 3. Current situation of work through digital platforms. 4. Evidence facilitation. Legal presumptions, circumstantial evidence, dynamic burden of proof, principle of primacy of reality. A) Presumption of employment and burden of proof. B) The signs. C) Labor indications in the work provided on digital platforms. D) Dynamic burdens of proof. E) The performance of the principle of primacy of reality. 5. The pending reform in Peru and a final reflection. 6. Conclusions.

1. Introducción*

El uso de las denominadas tecnologías de la información (TIC) ha impactado a nivel global en diversos ámbitos de la vida de las personas. El mundo del trabajo no es ajeno a este nuevo universo tecnológico, habiéndose intensificado en algunos casos el poder de dirección del empleador y surgido nuevas formas de fiscalización de la actividad del trabajador.¹ Y es que el desarrollo permanente de las TIC nos ha conducido a la era de la digitalización y la automatización. Como indica Crovi, la digitalización es precisamente “una de las claves técnicas” de la sociedad de la información, en tanto ha permitido nuevas formas de producción. En esa línea, ha “modificado sustancialmente las relaciones interpersonales y los sistemas de producción”.² Por ello, no es inusual apreciar en el mundo actual nuevas formas de empleo, como el teletrabajo o los servicios prestados a través de plataformas digitales. Además, son nuevas formas de trabajo que se han propagado exponencialmente a propósito de la pandemia de la COVID-19, pues a raíz del confinamiento social obligatorio dictado a nivel mundial, millones de trabajadores se han visto forzados a transitar hacia estas nuevas formas de empleo.

En el caso del trabajo personal realizado a través de plataformas digitales, los problemas son de índole diversa a los del teletrabajo³, pero no por ello la situación es menos grave, porque se ha revelado la precariedad con la que muchas veces se presta este tipo de labor y que alcanza a millones de personas

* El presente artículo consiste de una versión ampliada y actualizada del texto: “*Nuevas formas de trabajo e indicios laboralidad. A propósito del trabajo personal prestado a través de las plataformas digitales*”, publicado en el número 24 de la Revista *Laborem*, de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, y forma parte del proyecto de investigación PI0850 - CAP 2022, en ejecución, denominado: “*Precariedad, discriminación e inseguridad jurídica en el trabajo prestado mediante plataformas digitales en el Perú*”, realizado bajo el auspicio del Vicerrectorado de Investigación de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

¹ Boza, *Prólogo del libro de Tino Vargas Raschio (2021). “El trabajo a distancia y su regulación en el Perú”* (Lima: Gaceta Jurídica, 2021): 7. Algunas ideas de esta sección han sido tomadas de dicho texto.

² Crovi, “Sociedad de la información y el conocimiento. Entre el optimismo y la esperanza”, *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, vol. XLV, n. 185 (2002): 16.

³ Si bien el teletrabajo y el trabajo a través de plataformas digitales comparten la deslocalización en la prestación del servicio; en el caso de las plataformas *offline* no se presenta el problema de la intrusión en la vida íntima de los trabajadores, toda vez que los servicios se prestan en la calle y no en el domicilio del trabajador. De otro lado, como se verá más adelante, la fiscalización de las labores en las plataformas digitales, se realiza, por lo general, de manera indirecta.

en el mundo, independientemente de que dicha actividad califique o no como una de naturaleza laboral. Y aunque esto último es todavía una discusión abierta, lo cierto es que, de manera uniforme y militante, las empresas propietarias o administradoras de las plataformas siguen negando que estemos ante contratos de trabajo, dejando carentes de casi toda forma de protección social a conductores y repartidores vinculados a las plataformas digitales de servicios de transporte de personas y de reparto de mercancías.

Ahora bien, independientemente de las posiciones que se han expresado sobre esta particular forma de trabajo, y de las distintas técnicas legislativas que se han planteado para su regulación, la realidad expresa que en la mayoría de los casos –el Perú no es la excepción–, detrás de las plataformas existen un sinnúmero de personas que prestan servicios en condiciones precarias y que merecen la tutela del ordenamiento jurídico. Esto se corrobora en diversos estudios realizados sobre el particular⁴, y que tienen en común el haber identificado lo que se denomina “trabajo de la multitud” o “*crowd work*”, que consiste en obtener la prestación de un servicio, realizada en principio por un trabajador, pero con la posibilidad de “descentralizarla hacia un número indefinido y, normalmente, gran número de personas en forma de llamamiento o convocatoria”.⁵ En tal sentido, encaramos un “ejército de prestadores” sustituibles fácilmente unos por otros, sin una jornada o tiempo de trabajo definido, que cobran por cada micro-tarea realizada, y que –precisamente por esa razón– no tienen garantizado un ingreso mínimo; además de no contar con condiciones de seguridad y salud en el trabajo y con un régimen de protección social (salud y pensiones).

⁴ Véase: Cruz Caicedo, “Trabajo en línea en las plataformas digitales: Condiciones para lograr el trabajo decente”, Tesis doctoral, Doctorado en Derecho, Universidad Externado de Colombia (2020): 146 y ss.; Gorelli, “Plataformas digitales, prestación de servicios y relación de trabajo”, El Derecho del Trabajo en la actualidad: problemática y prospectiva. Estudios en homenaje a la Facultad de Derecho PUCP en su centenario (Lima: PUCP, 2019). Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, Informe final del grupo de trabajo de naturaleza temporal que tiene por objeto analizar la problemática sobre las condiciones de empleo de las personas que prestan servicios en plataformas digitales y plantear recomendaciones sobre la misma, creado mediante Resolución Ministerial N° 272-2019-TR (Lima, 2020); Dinero, “Delivery y empleo: Diagnóstico sobre las condiciones laborales en las plataformas digitales. Caso de Lima – Perú” (Lima: Observatorio de Plataformas, 2021).

⁵ Todoli, “El impacto de la “uber economy” en las relaciones laborales: los efectos de las plataformas virtuales en el contrato de trabajo”, IUSLabor 3 (2015): 3.

En el caso peruano, el informe del Ministerio de Trabajo (MTPE) concluye que una gran cantidad de repartidores no cuenta con un seguro contra accidentes de trabajo o que su cobertura es muy limitada (porque alcanza únicamente al trayecto desde que se recoge la mercancía y es entregada a su destinatario), y que terminan asumiendo extensas jornadas diarias de trabajo de 12 a 14 horas, a fin de obtener una retribución satisfactoria.⁶ Para Gorelli, este tipo de escenarios genera precariedad laboral e inseguridad económica⁷; y para Cruz Caicedo, un déficit de trabajo decente que conduce a la mercantilización absoluta de la relación y la cosificación del prestador del servicio.⁸

En un reciente informe, la OIT⁹ distingue entre plataformas digitales (i) basadas en la web, (ii) de aquellas basadas en la ubicación; lo que en buena cuenta equivale a la distinción que previamente ha realizado la doctrina respecto al *crowd work online* y *offline*. Es en estas últimas que el trabajo requiere ser prestado personalmente en un determinado espacio físico. En ese sentido, el presente análisis versará sólo sobre esta categoría de plataformas. Ello no implica que las plataformas *online* no generen precariedad laboral, pero se ha optado por circunscribir nuestro estudio al segundo tipo de plataformas citado, a raíz de la asentada popularidad que estas tienen en el Perú, a tal extremo que son prácticamente las únicas consideradas por los proyectos legislativos que se han generado hasta la fecha.¹⁰ Y es por las particularidades de esta forma de trabajo *offline* a través de plataformas han permitido que algunos defiendan la autonomía con la que se prestaría y así dejarla fuera del ámbito de protección

⁶ Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (2020): 24-26. En ese marco, Dinegro destaca que, para tener derecho a la cobertura del seguro de accidentes, el repartidor debe verse inmerso en un caso muy grave como la pérdida de una extremidad. Además, resalta que este seguro inicia su cobertura sólo cuando se recoge la mercadería y termina cuando el repartidor la entrega. Dinegro (2021): 29.

⁷ Gorelli, "Plataformas digitales, prestación de servicios y relación de trabajo" en Sergio Quiñones (coord.), *El Derecho del Trabajo en la actualidad: problemática y prospectiva. Estudios en homenaje a la Facultad de Derecho PUCP en su centenario* (Lima: PUCP, 2019): 86.

⁸ Cruz Caicedo, "Trabajo en línea en las plataformas digitales: Condiciones para lograr el trabajo decente" (2020), 256.

⁹ OIT, *World Employment and Social Outlook. The role of digital labour platforms in transforming the world of work* (Ginebra, 2021): 18.

¹⁰ Nos referimos a los Proyectos de Ley N° 4243-2018-CR, 7567-2020-CR, y 018-2021-CR.

de la legislación laboral, en lo que sería una nueva huida del derecho del trabajo.¹¹

En esa medida, y es uno de los aspectos que pretendemos analizar, cobra especial importancia la facilitación probatoria en materia procesal para determinar la naturaleza de la relación de trabajo, a partir de las presunciones legales, la prueba indiciaria, las cargas probatorias dinámicas y el principio de primacía de la realidad. Antes de desarrollar estas herramientas procesales, es preciso detenernos en las características de esta nueva forma de empleo y la situación laboral de quienes prestan el servicio.

2. Trabajo realizado a través de plataformas digitales. Principales características y apariencia de autonomía

No todas las plataformas son iguales ni tienen idénticas características. Y, aunque resulte una obviedad decirlo, será necesario analizar cada caso a fin de establecer si el trabajo que se realiza a través de una determinada plataforma digital califica o no como un contrato de trabajo, pues las diversas y particulares características del trabajo que se presentan –algunas de ellas de aparente signo contrario, como se verá luego–, dificultan de entrada su calificación jurídica. Por esa razón, Sanguineti ha señalado que no es extraño que este tipo de actividad “sea objeto de las más disímiles valoraciones jurídicas: desde la que quienes consideran que representa una forma de trabajo independiente, en la que el profesional decide libremente prestar sus servicios cuando lo considere oportuno, hasta la de aquellos que entienden que encierran auténticas prestaciones de trabajo dependiente, en la que existe además un control particularmente penetrante e invasivo, basada en una inédita combinación de taylorismo y panopticismo facilitada por el uso de algoritmos”.¹²

¹¹ Cfr. Gorelli (2019): 85.

¹² Sanguineti, “El test de laboralidad y los trabajos de la gig economy”, Trabajo y Derecho, N° 69 (2020), 4.

Sin perjuicio de ello, consideramos que a partir del desarrollo jurisprudencial realizado hasta la fecha en distintos países¹³, e incluso de lo establecido en los propios términos y condiciones para el uso de estas plataformas que deben aceptar los conductores o repartidores, es posible extraer algunas características comunes a todas ellas.

De manera general, las empresas propietarias de estas plataformas sostienen dos cosas: por un lado, que actúan como intermediarias de la oferta y la demanda de un servicio determinado (como si de una agencia de colocación de empleo se tratara); y, por otro, y como consecuencia de lo anterior, que los prestadores de servicios o repartidores son colaboradores, trabajadores autónomos o emprendedores. Por lo tanto, concluyen que entre estos y la plataforma no hay relación laboral. Pero, ¿actúan realmente las plataformas como intermediarias?¹⁴ Para responder, repasemos algunas de las características del servicio que se realiza a través de las mismas, desde un doble ángulo: los derechos que se le reconocen al prestador del servicio (conductor o repartidor), y las atribuciones que se reserva la propietaria o administradora de la plataforma.¹⁵

Desde la perspectiva del prestador del servicio, en primer lugar, estamos ante un trabajo deslocalizado, que se realiza “en la calle”, pues implica necesariamente el desplazamiento físico del chofer o repartidor para la materialización del trabajo. En segundo lugar, se parte de la idea de que el prestador tiene libertad para fijar cuánto (jornada) y cuándo (horario) trabaja. Estamos, en ese sentido, ante un tipo de trabajo de tiempo flexible. De otro lado, conforme a lo anterior, se reconoce al prestador la potestad de rechazar las

¹³ Al respecto véase, por ejemplo, las sistematizaciones realizadas por De León y Pizzo (2019: 63 y ss.), y Puntriano (2019: 143-152).

¹⁴ Gorelli, citando a Beltrán de Heredia, responde en sentido negativo: “Hay plataformas (...) que no se limitan a actuar como un mero y simple intermediario sin ánimo de lucro, sino que se configuran como empresas que tienen como objetivo desarrollar la prestación del servicio a los usuarios” (2019: 84). En igual sentido opina Todolí: “Este nuevo tipo de empresas no se dedican exclusivamente a conectar oferentes con demandantes, sino que exige una serie de requisitos a los conductores con objeto de conseguir una buena prestación del servicio para el cliente. (...) [E]n mi opinión, los consumidores (...) acuden a una plataforma específica para obtener un servicio de concreto” (2015: 7-8).

¹⁵ Un listado más exhaustivo de indicios de autonomía, de un lado, y de trabajo subordinado, de otro, puede verse en: Sanguinetti (2020: 6).

solicitudes de servicio.¹⁶ En cuarto término, algunas plataformas (no todas) no exigen exclusividad, pudiendo los choferes y/o repartidores afiliarse a más de una plataforma. Finalmente, las herramientas de trabajo, como el vehículo, los gastos de mantenimiento del mismo, el teléfono y la conexión a internet necesaria para utilizar el aplicativo, corren por cuenta del prestador.

Las características citadas permiten identificar ciertos rasgos de autonomía en el trabajo realizado y, al mismo tiempo, muestran la ausencia de los elementos o notas que solían acompañar a una relación típica de trabajo – sobre lo que volveremos más adelante–, y que actuaban, además, como indicios o rasgos de la laboralidad de la relación contractual. Y es que encaramos una forma de trabajo que no necesariamente se debe realizar en una jornada completa y en un horario determinado, en las instalaciones del empleador, por un plazo indeterminado y de manera exclusiva para un solo empleador. A esto podría sumarse que el control o fiscalización del servicio prestado, como manifestación de la subordinación, elemento definidor de la relación laboral, no estaría presente con claridad. Al menos, no de la manera tradicional.

Ahora bien, si analizamos las atribuciones que suelen reservarse las empresas propietarias o administradoras de las plataformas, la autonomía podría ser más aparente que real. En primer lugar, las condiciones del servicio las fija unilateralmente la plataforma. Una de esas condiciones, tal vez la más importante, es la determinación de la retribución por cada trabajo realizado. En segundo lugar, hay una exigencia de utilizar cierto material, instrumental o logos que permitan identificar la marca de la plataforma.¹⁷ En tercer término, la conexión entre el cliente y el repartidor o conductor se realiza necesariamente a través de la plataforma. En cuarto lugar, la plataforma establece un sistema de evaluación del servicio por parte de los clientes que le permite a la plataforma establecer un ranking de choferes o repartidores. Precisamente, es a partir de

¹⁶ Sin embargo, como precisa Todolí, citando a Sprage, que exista cierta libertad en la ejecución del trabajo, no desvirtúa la naturaleza subordinada de la relación: “En ese sentido, lo importante no será cuánto control el empresario ejerce, sino cuánto control el empresario se reserva el derecho a ejercer” (2015: 11).

¹⁷ Un ejemplo de ello puede verse en la Sentencia del Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción, 5 de octubre de 2020, RIT: M-724-2020 (Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción, 2020).

esta clasificación, de la ubicación de los prestadores y de su disponibilidad real, que se formulan algoritmos que permiten a la plataforma una distribución eficiente de los servicios solicitados por los clientes. Finalmente, la plataforma se reserva el derecho de desconectar del aplicativo a los prestadores en cualquier momento sin justificación alguna.¹⁸

¿Qué se pone en evidencia? Primero, que la plataforma busca uniformidad en la prestación de servicios. En segundo lugar, que la calidad del servicio es importante, porque como señala Todolí¹⁹, el éxito del negocio es posicionar la marca y mantener una alta consideración de la misma para llegar al mayor número de clientes. Y es que, como señeramente estableciera la sentencia emitida por la Corte del Distrito Norte de California (caso Douglas O'Connor contra Uber Technologies Inc.), la rentabilidad del negocio de las plataformas va más allá de la administración y/o suministro del aplicativo, los principales ingresos de la plataforma (en este caso, Uber) no provienen tanto de la distribución del software, sino de la generación de los viajes por los conductores, por lo que, en definitiva, la actividad de la plataforma no sería viable sin el trabajo prestado por los conductores.²⁰

Así pues, para tener el control de la prestación, las plataformas realizan una serie de acciones, como: i) establecer unilateralmente los términos y condiciones del servicio, como si de un contrato de adhesión se tratara (su contenido no se negocia, lo que refleja el carácter asimétrico de la relación)²¹, ii) evaluar la calidad del trabajo prestado por choferes y repartidores (indirectamente, a través de los usuarios del servicio), y iii) desconectarlos de la plataforma sin explicación alguna.

¹⁸ Gorelli lo reseña así: “Realizada la prestación, es habitual que la empresa requiera, a través de la plataforma, la evaluación del servicio, que sirve de esta manera como un instrumento de control que permite ‘calificar’ al prestador de servicio de cara a estar en mejor posición para ser seleccionado a través del algoritmo informático que adjudica los servicios o incluso para ser expulsado de la aplicación” (2019: 92).

¹⁹ Todolí, “El impacto de la “uber economy” en las relaciones laborales: los efectos de las plataformas virtuales en el contrato de trabajo”, IUSLabor 3 (2015), 6.

²⁰ Una reseña y análisis de la citada sentencia puede verse en Gauthier (2015: 8-10).

²¹ “Uber (al igual que otras empresas) impone de manera unilateral las condiciones de contrato y se reserva el derecho a cambiar cualquiera de ellas de forma discrecional (Birgillito, p.257).

3. Situación actual del trabajo prestado a través de las plataformas digitales

Estando en entredicho la autonomía con la que se realiza el trabajo en las plataformas digitales *offline*, conviene detenerse en la realidad de estos conductores y repartidores. Debido a que las plataformas reservan exclusivamente toda la información concerniente al servicio, resulta difícil determinar con precisión el estado actual de estos trabajadores. Sin embargo, la OIT, a partir de una encuesta realizada a más de 12,000 trabajadores en 100 países a nivel mundial, brinda algunos datos objetivos y útiles al respecto.²²

Así, se tiene que más del 90% de repartidores o choferes son hombres jóvenes, menores de 36 años, que cuentan con un alto nivel de educación. Estos acuden a las plataformas debido, principalmente, al desempleo o falta de oportunidades alternativas, la flexibilidad laboral y la mejor remuneración que obtienen en comparación a los repartidores o conductores “tradicionales”. Adicionalmente, un porcentaje importante de estos trabajadores son migrantes²³ que tienden a ocuparse más como repartidores que como conductores de taxi. A pesar de que muchos cuentan con estudios universitarios, utilizan estas plataformas, principalmente, por la inexistencia de oportunidades laborales.

En ese marco, los trabajadores de plataformas *offline* están expuestos a una serie de transgresiones que corroboran la precariedad de su trabajo. La mayoría de encuestados afirma laborar largas jornadas: 65 horas semanales para el caso de conductores; y 59, para los repartidores.²⁴ Además, en la ejecución del servicio, muchos de ellos denuncian ser víctimas de agresión o tratos discriminatorios por parte de los clientes, agentes policiales, o dueños de restaurantes.²⁵

²² OIT, *World Employment and Social Outlook. The role of digital labour platforms in transforming the world of work* (Ginebra, 2021), 3.

²³ Este porcentaje varía en cada país. Para el caso de Argentina y Chile, por ejemplo, el 70% de estos trabajadores son migrantes venezolanos (OIT, 2021: 139).

²⁴ OIT, *World Employment and Social Outlook. The role of digital labour platforms in transforming the world of work*, 23.

²⁵ OIT, *World Employment and Social Outlook. The role of digital labour platforms in transforming the world of work*, 191.

Esta trágica situación se constata también en Perú. Así, el informe del Ministerio de Trabajo (MTPE) sobre las condiciones de empleo de las personas que prestan servicios en plataformas digitales, refleja que los repartidores de estas plataformas laboran una jornada promedio de 13 horas diarias. La retribución varía en función de cada plataforma, siendo que la tarifa básica oscila entre 1 y 2 soles por kilómetro recorrido. En adición ello, los repartidores manifiestan ser víctimas de acoso sexual o violencia por parte de los clientes; situación que terminan tolerando por la valoración que estos emiten a través de los sistemas de calificación.²⁶ Esta realidad se vuelve más alarmante al considerar que, a raíz de la pandemia de la COVID-19, el número de repartidores en nuestro país aumentó considerablemente, pues solo durante el trimestre comprendido de setiembre a noviembre de 2020, unas 46 mil personas se dedicaron al servicio de delivery en Lima Metropolitana, representando cerca del 1,1% de la PEA ocupada en dicha región.²⁷

En materia de seguridad social, y como consecuencia de la negación del estatus de asalariados, la OIT concluye que estos trabajadores se ven impedidos de acceder a prestaciones básicas como el seguro contra accidentes de trabajo o las pensiones por invalidez o jubilación.²⁸ En el Perú, concretamente, el seguro contra accidentes –que se registra respecto a una sola plataforma– aplica únicamente por el periodo en que el repartidor transporta la mercadería, excluyendo cualquier contingencia por el lapso en que la recoge y después que la entrega. Ello sin considerar que los repartidores denuncian que todo implemento de seguridad es asumido por su propia cuenta.²⁹ Finalmente, estos trabajadores no aportan a ningún sistema previsional.³⁰

²⁶Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (2020), 8.

²⁷ En Lima Metropolitana, por ejemplo, según datos del INEI (Encuesta Permanente de Empleo 2019-2020) en el último trimestre del 2020 el número de repartidores por delivery habría alcanzado la cifra de 46,000 personas, lo que equivale a un incremento del 98% respecto del mismo trimestre del año anterior. De otro lado, en lo que va del 2021, este tipo de empleo se encuentra entre los 20 más preferidos (a principios de año estaba en el puesto 59). Véase: <https://elcomercio.pe/economia/peru/servicio-delivery-numero-de-trabajadores-en-lima-se-duplico-durante-la-pandemia-noticia/?ref=ecr>.

²⁸ OIT, *World Employment and Social Outlook. The role of digital labour platforms in transforming the world of work*, 176.

²⁹ Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (2020), 10.

³⁰ Alejandra Dinegro, “Delivery y empleo: Diagnóstico sobre las condiciones laborales en las plataformas digitales. Caso de Lima – Perú”, 29.

Bajo tal escenario, el reconocimiento y tutela del vínculo laboral ha sido, en la mayoría de casos, producto de procesos judiciales.³¹ Toda vez que esta nueva forma de servicios ha sido amparada por la vía judicial antes que por la legislativa, es provechoso reparar en el desarrollo que la jurisprudencia comparada ha elaborado al respecto. Como anota la doctrina³², las jurisdicciones alrededor del mundo no han sido siempre uniformes en establecer el carácter laboral o autónomo de estos servicios, siendo que los fallos varían en función de cada plataforma y país.

Sin embargo, advertimos que la más reciente jurisprudencia se inclina ya por reconocer el vínculo laboral entre las plataformas y sus respectivos repartidores y/o conductores. Así, con el propósito de coadyuvar la labor que seguramente tendrá nuestra judicatura³³, detengámonos en tres fallos que optan por confirmar la naturaleza laboral de estos servicios respecto a dos de las más importantes plataformas digitales en operan en el Perú: Uber³⁴ y Pedidos Ya.³⁵

El primero fue emitido por la Corte Suprema del Reino Unido en el caso *Aslam contra Uber*, en febrero de 2021.³⁶ La Corte reconoció el vínculo laboral de los conductores esencialmente porque es Uber quien (i) fija unilateralmente

³¹ OIT, *World Employment and Social Outlook. The role of digital labour platforms in transforming the world of work*, 231-233.

³² Véase las sistematizaciones realizadas por De León y Pizzo (2019: 63-74), Puntriano (2019: 143-150), Gorelli (2019: 95-98) y Calderón (2019: 242 y ss.).

³³ A la fecha en Perú no hay registro de sentencias ni de procesos judiciales en trámite sobre el particular.

³⁴ Estas sentencias no son las únicas que reconocen el vínculo laboral de los servicios en esta plataforma. Así, véase: i) en Uruguay, la sentencia del Tribunal de Apelaciones de Trabajo en el caso *Queimada, E. vs Uber B.V.* (3/6/2020), ii) en Estados Unidos, la sentencia de la Corte Superior de San Francisco (CGC-20-584402 y la sentencia de la Corte de Apelaciones de California (1º Distrito, Div 4) (A160706) (10/08/2020), iii) en España, la sentencia de la 3º Sala Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (81/2018) (24/01/2018). Esta última no reconoce el vínculo laboral expresamente, pero sí establece que “*la actividad desarrollada por Uber no es un mero servicio de intermediación, sino que constituye una parte sustancial de la prestación de servicio de transporte de viajeros*”.

³⁵ En Perú, la plataforma “Glovo”, tras su adquisición por la empresa “Delivery Hero”, ha pasado a denominarse “Pedidos Ya”. Por lo demás, la mecánica del negocio es la misma. Así, cabe mencionar que en España los tribunales también han declarado trabajadores a los repartidores de plataformas similares a Glovo, como Takeiteasy, Roofoods o Deliveroo. Para el caso de esta última, véase la sentencia del 24º juzgado Social de Barcelona (Nº 259/2020) (fecha 18/11/2020).

³⁶ Esta decisión es el producto final de un largo litigio por el reconocimiento de los derechos laborales de los conductores, obteniendo resultados favorables en las instancias previas. Con el pronunciamiento de la Corte, los representantes de Uber han indicado que respetarán el fallo, garantizando a 70,000 conductores en Reino Unido los derechos a un salario mínimo, vacaciones y pensiones. Véase: https://www.theguardian.com/technology/2021/mar/16/uber-to-pay-uk-drivers-minimum-wage-holiday-pay-and-pension?CMP=Share_AndroidApp_Other.

la remuneración, así como los demás términos contractuales; (ii) dirige la actividad controlando la información que es suministrada a los choferes y que obtiene a partir de los sistemas de evaluación; y (iii) establece indicaciones sobre cómo prestar el servicio (fijando modelos de vehículos y restringiendo las comunicaciones entre conductores y pasajeros al mínimo). Todos estos factores, en opinión de la Corte, acreditan la subordinación de los conductores.³⁷

El segundo fallo fue dictado por el Tribunal Supremo español en setiembre del 2020 (Sentencia N° 805/2020). Unificando jurisprudencia, el Tribunal concluyó, a partir de nuevos indicios de laboralidad, que Glovo (ahora Pedidos Ya) no es una simple intermediaria entre los clientes y los “riders”. De forma similar al caso de Uber, el Tribunal español justificó su decisión en (i) la fijación unilateral de la remuneración y forma de pago; (ii) la ajenidad de la información; (iii) la ajenidad de la marca; (iv) la fiscalización de los repartidores mediante GPS; (v) las instrucciones sobre cómo prestar el servicio; y (vi) los sistemas de evaluación.³⁸ Estos indicios, según se verá en páginas siguientes, adquieren un rol trascendental en el ámbito procesal para el reconocimiento laboral de estas nuevas formas de empleo.

Un tercer fallo es el de la Corte de Apelaciones de Concepción de Chile³⁹, de fecha 15 de enero de 2021, en el que se reconoce el vínculo laboral entre un repartidor y la plataforma Pedidos Ya. Al respecto, la Corte señala que, para determinar si concurren los elementos caracterizados de la relación laboral en los servicios prestados a través de las plataformas digitales, es necesario utilizar la técnica indiciaria, identificando tanto los indicios favorables como los contrarios a la existencia de un contrato de trabajo. Así, en aplicación del principio de primacía de la realidad y del principio pro operario, la Corte concluyó que existe una relación laboral en el caso de dicha plataforma.

Frente a este escenario, la doctrina advierte que, al margen de admitirse o no el vínculo de subordinación en este tipo de actividades, la cuestión reside

³⁷ Fundamentos 93-97 del fallo.

³⁸ Para mayor detalle, véase los fundamentos 18-21 de la Sentencia N° 805/2020 (Tribunal Supremo Español, 2020: 16-18).

³⁹ Fallo de la Corte de Apelaciones de Concepción de Chile, de fecha 15 de enero de 2021, Rol N° 395-2020.

en determinar la regulación que les resulta aplicable. Y es que las particularidades de estos servicios, fundamentadas en la *flexibilización* del trabajo, divergen con la lógica de las normas laborales del régimen general. Así, según Lizama y Lizama, extender el régimen laboral estándar a las plataformas digitales “tendría como consecuencia la extinción de este modelo de negocio o bien, en el mejor de los casos, una utilización mínima”.⁴⁰ Por eso, Todolí⁴¹, al igual que los autores citados, sugieren la creación de una legislación laboral especial que reglamente el trabajo a través de tales plataformas. El caso de Chile es paradigmático, porque es el único país que, a la fecha, regula de manera expresa la prestación de servicios mediante plataformas digitales, a la que califica como laboral, aunque también hace referencia a las prestaciones de servicios independientes a través de dichas plataformas. Así, en marzo del presente año la Ley N° 21.431 modificó el Código del Trabajo, incorporando un nuevo capítulo –“Del trabajo mediante plataformas digitales de servicios”- en el que se brindan definiciones de lo que se entiende por empresa de plataforma digital de servicios y por trabajador de las mismas, estableciendo una serie de derechos y obligaciones para las partes, como el deber de protección que tiene el empleador y la regulación de tiempo de trabajo y las remuneraciones.⁴² Ahora, independientemente de la regulación que se adopte, la revisión de la situación precaria que viven diariamente estos trabajadores a nivel global –y particularmente en nuestro país– justifica la actuación del Derecho de Trabajo. Para ello, es imprescindible contar con herramientas que, en el marco de un proceso judicial, faciliten el reconocimiento del vínculo laboral en estas nuevas formas de empleo. A continuación, desarrollamos algunas de ellas.

4. Facilitación probatoria. Presunciones legales, prueba indiciaria, cargas probatorias dinámicas, principio de primacía de la realidad

⁴⁰ Lizama & Lizama, “El derecho del trabajo y la economía colaborativa”, Derecho & Sociedad, n. 49, (2017).

⁴¹ Todolí, “El impacto de la “uber economy” en las relaciones laborales: los efectos de las plataformas virtuales en el contrato de trabajo”, 21.

⁴² En el caso de España, más que una norma regule esta clase de servicios, se ha establecido en el establecido en el Estatuto de los Trabajadores una controvertida “presunción de laboralidad”, como se analizará más adelante.

La aparente dicotomía entre los derechos de los prestadores de servicios y las atribuciones de la propietaria o administradora de la plataforma puede dificultar, sin duda, la determinación de la verdadera naturaleza jurídica del trabajo prestado a través de las plataformas digitales. No olvidemos la cerrada negativa empresarial de reconocer en tales casos la existencia de un contrato de trabajo y de considerar mas bien esta actividad como una prestación autónoma de servicios, en la que incluso el acreedor de la prestación personal no sería la plataforma, sino el cliente que solicitó el servicio.

Esto nos conduce, en consecuencia, a la necesidad de acudir a herramientas procesales que faciliten la actividad probatoria –tales como presunciones legales, la prueba indiciaria y las cargas probatorias dinámicas–, y que se requieren para identificar la verdadera naturaleza de la relación de trabajo que estamos tratando. A continuación, nos detendremos en cada una de ellas.

a) Presunción de laboralidad y carga probatoria

La Ley Procesal del Trabajo, en el artículo 23.2, establece expresamente la llamada presunción de laboralidad. Si bien no es la única presunción que recoge nuestro ordenamiento procesal laboral, sí es aquella una presunción determinante al momento de acreditar la existencia de una relación laboral. Recordemos que las presunciones legales permiten tener por cierta determinada situación, eximiendo de la prueba a la parte a favor de quien se consagra⁴³, pero normalmente son presunciones que pueden ser desvirtuadas; es decir, que admiten acreditar lo contrario (presunciones relativas o *iuris tantum*), que es el caso de la presunción de laboralidad. El citado precepto señala que “acreditada la prestación personal de servicios, se presume la existencia de vínculo laboral a plazo indeterminado, salvo prueba en contrario”. Con esto se evidencia la intención legislativa de presumir (y preferir) la indeterminación del plazo de los

⁴³ En tal sentido, Fajardo, “La Presunción de Laboralidad en la Nueva Ley Procesal del Trabajo”, *Derecho & Sociedad*, n. 46 (2016), recuerda que “las presunciones legales constituyen herramientas que emplea el legislador para facilitar la prueba en determinados casos, en aras de tutelar una situación sustancial que le parece relevante en caso de controversia”, 336.

contratos de trabajo conforme prevé el artículo 4 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL) y, en adición a ello, de relevar al demandante de la carga probatoria de los elementos restantes de la relación laboral. Así, cuando la controversia en el proceso sea la naturaleza laboral de los servicios, bastará que el demandante acredite que estos fueron prestados de forma personal para que se presuma la existencia de un contrato de trabajo, sin que sea necesario acreditar los otros elementos esenciales de la relación laboral, es decir, que dichos servicios fueron remunerados y subordinados.

Como resulta evidente, esta presunción supone un cambio radical en nuestro ordenamiento jurídico que, de conformidad con la lógica compensadora del derecho del trabajo, se manifiesta en este caso en el proceso laboral. En tal sentido, como señala Sanguineti, la presunción de laboralidad opera como un mecanismo de garantía de “la aplicación de las normas laborales, haciendo frente a los intentos evasivos que en ese ámbito pueden producirse”.⁴⁴ Sin embargo, se trata también, al igual que la presunción del artículo 4 de la LPCL, de una presunción *iuris tantum* y, en consecuencia, “susceptible de ser enervada mediante la acreditación, por quien niega para sí la condición de empleador” de la inexistencia de tales servicios o que, habiéndose estos producidos, la prestación no era de naturaleza laboral.⁴⁵ Conforme a lo adelantado, desde una perspectiva procesal se ha producido una inversión de la carga probatoria: ya no es el demandante quien debe cumplir con acreditar todos los elementos del contrato de trabajo porque este se presume, sino que, por el contrario, será la parte demandada quien tiene la carga de probar que la relación presumida como laboral no lo es.

La presunción de laboralidad es una institución que tiene acogida en el derecho comparado. No son pocas las legislaciones laborales que la establecen, aunque también su origen puede encontrarse en la jurisprudencia (presunción judicial). En este extremo conviene destacar una figura similar de creación jurisprudencial por la Corte Suprema de California en el año 2018: el denominado

⁴⁴ Sanguineti, “La presunción de laboralidad: una pieza clave para el rearme institucional del Derecho del Trabajo en el Perú”, *Laborem*, n. 3 (Lima: SPDTSS, 2003): 42.

⁴⁵ Sanguineti, “La presunción de laboralidad: una pieza clave para el rearme institucional del Derecho del Trabajo en el Perú”, 45.

“Test ABC”. En el caso *Dynamex*, la Corte estableció que un prestador será independiente sólo si la contraparte a la que se imputa la calidad de empleador demuestra que el trabajador a) está libre de control y dirección sobre la forma en que se presta el servicio; b) realiza una actividad que está fuera del giro usual de la empresa; c) se dedica habitualmente de forma independiente a un oficio, ocupación o negocio de la misma naturaleza que el trabajo realizado para la entidad.⁴⁶ Como se aprecia, el indicado test parte también de la base de una presunción de laboralidad que puede ser desvirtuada, pero establece unos hechos concretos que debe probar la parte demandada si quiere desacreditar la naturaleza laboral de los servicios. Se distancia así de la presunción de laboralidad de nuestra legislación, la cual sólo exige al demandante acreditar el carácter personal de los servicios realizados para que se presuma la existencia de una relación laboral y no le impone al demandado una forma concreta de materializar dicho ejercicio probatorio.

Otro ejemplo en la experiencia comparada de esta clase de presunciones podríamos encontrarlo en la legislación española. La denominada “Ley Rider”, aprobada a mediados del 2021, modificó el Estatuto de los Trabajadores para incorporar una presunción de laboralidad en los siguientes términos: “se presume incluida en el ámbito de esta ley la actividad de las personas que presten servicios retribuidos consistentes en el reparto o distribución de cualquier producto de consumo o mercancía, por parte de empleadoras que ejercen las facultades empresariales de organización, dirección y control de forma directa, indirecta o implícita, mediante la gestión algorítmica del servicio o de las condiciones de trabajo, a través de una plataforma digital”.⁴⁷ No obstante, como se aprecia del texto de la norma, no parece que estemos ante una presunción de laboralidad en toda regla, porque como advierte Sanguineti, en buena cuenta se exige acreditar la presencia de todos los elementos del contrato de trabajo para que recién se reconozca la naturaleza laboral de los servicios prestados por

⁴⁶ Véase la sentencia completa en: <https://scocal.stanford.edu/opinion/dynamex-operations-west-inc-v-superior-court-34584>.

⁴⁷ La aprobación de esta norma generó cierto descontento en los actores sociales, en particular en un sector de los repartidores que preferirían ser considerados como trabajadores autónomos. Véase: <https://www.youtube.com/watch?v=ppqbEZHT2IY>.

los repartidores de plataformas.⁴⁸ En cualquier caso, habría que destacar la intención del legislador español de incluir expresamente a estas nuevas formas de trabajo dentro de su ámbito de tutela.

Por lo demás, la consecuencia lógica de que la parte demandada no cumpla con desvirtuar la presunción de laboralidad es que esta quede firme. No obstante, a tenor de lo resuelto por los tribunales laborales peruanos, cabe preguntarse si es suficiente acreditar la prestación personal de servicios para que opere la presunción de forma automática. Y es que la Corte Suprema ha precisado que la aludida presunción no exime al juzgador de analizar debidamente los medios probatorios aportados por el demandado destinados a destruirla.⁴⁹ Siguiendo tal línea jurisprudencial –en una posición que podría suponer el debilitamiento de dicha presunción⁵⁰–, se ha afirmado que se trata de un medio establecido en la norma procesal para facilitar la probanza de la existencia de la relación laboral, “pero no implica una ausencia de probanza de parte del trabajador demandante, toda vez que por lo menos debe aportar indicios racionales de carácter laboral de la relación bajo discusión”, y que deben ser exigidos por el juez a los trabajadores que la invoquen.⁵¹

Frente a tal escenario, coincidimos con Fajardo en que el argumento utilizado por la Corte Suprema “no resulta razonable pues la finalidad de esta institución es precisamente aligerar la carga probatoria del demandante de tal forma que él no tenga que demostrar la existencia de los elementos de remuneración y subordinación (...). Ergo, lo correcto es que el demandante sólo debe probar que prestó servicios personales para que el juez deba presumir que la relación bajo discusión es de carácter laboral y de duración indeterminada”.⁵² Sin duda, el establecimiento de la presunción de laboralidad no impide que el

⁴⁸ Wilfredo Sanguinetti, La presunción de laboralidad de los riders o cómo se consiguió la cuadratura del círculo de la laboralidad (2021), disponible en: <https://wilfredosanguinetti.wordpress.com/2021/05/15/la-presuncion-de-laboralidad-de-los-riders-o-como-se-consiguio-la-cuadratura-del-circulo-de-la-laboralidad/>.

⁴⁹ Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, Casación Laboral N° 608-2017-Lima.

⁵⁰ Boza, Derecho del Trabajo (Lima: PUCP, 2020), 40.

⁵¹ Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia, Casación Laboral N° 14440-2013-Lima; Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, Casación Laboral N° 608-2017-Lima.

⁵² Fajardo (2016: 338).

demandante aporte prueba sobre la naturaleza de la relación contractual, pero eso no significa que esté obligado a hacerlo. La ley es clara en el establecimiento de la presunción y del presupuesto que ha fijado para su aplicación. Lamentablemente, la jurisprudencia citada vacía de contenido y de utilidad la presunción en cuestión.

b) Los indicios

Esta suerte de empobrecimiento o aniquilamiento de la presunción de laboralidad nos conduce entonces a tener que acudir a otros medios procesales para determinar la naturaleza laboral de la relación contractual. Y en el ámbito del derecho del trabajo, y del proceso laboral concretamente, el uso de los indicios cumple un papel gravitante en esa tarea. Es de sobra conocida la multiplicidad de casos en los que no se aprecia con claridad la existencia de la relación laboral y, precisamente en estos casos, la presencia de determinados indicios, a partir de hechos o circunstancias concretas⁵³, usados de manera articulada con el principio de primacía de la realidad -que trataremos más adelante-, nos permite inferir o identificar la existencia de algo que no es evidente o que no queda claro de manera directa, otorgándole a la relación contractual la verdadera naturaleza que le corresponde.

Hay ciertas características que han acompañado durante mucho tiempo a la relación laboral -como la jornada completa y continua de trabajo, la indeterminación del plazo del contrato, la exclusividad, o el desarrollo de la actividad en las instalaciones del empleador-, y que fueron calificados por la doctrina como elementos típicos del contrato de trabajo⁵⁴; y si esas características o elementos están presentes en un caso concreto, contribuyen a identificar “una relación como laboral, cuando alguno de los elementos esenciales (en especial, la subordinación) no está plenamente acreditado”.⁵⁵ Es

⁵³ La Nueva Ley Procesal de Trabajo, en su artículo 23.5, precisamente establece que “Los indicios pueden ser, entre otros, las circunstancias en las que sucedieron los hechos materia de controversia y los antecedentes de la conducta de ambas partes.”

⁵⁴ Véase por todos: Javier Neves, *Introducción al Derecho del Trabajo* (Lima: PUCP, 2016), 45-46.

⁵⁵ Neves, *Introducción al Derecho del Trabajo*, 45-46.

decir, dichas características cumplen la función de ser rasgos o indicios de laboralidad de la relación de trabajo. Sucede, sin embargo, que hoy en día algunas de esas características ya no están presentes, o no lo están con tanta claridad en algunas relaciones de trabajo.

Esto se refleja, precisamente, en las particularidades del servicio prestado a través de plataformas digitales, pues, en gran medida –como se aprecia en el siguiente cuadro–, están ausentes en esta nueva forma de empleo, tornando inocua su función de servir como indicios de laboralidad de cara concluir si en tal supuesto estamos o no ante un contrato de trabajo.⁵⁶

¿Por qué no es posible concluir la naturaleza laboral del trabajo realizado en las plataformas digitales offline a partir de las notas típicas e indicios tradicionales de laboralidad?	
Elemento típico / indicio de laboralidad	Manifestación en plataformas digitales
Jornada completa y continua	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Los repartidores y/o conductores deciden, en principio, la duración de su jornada y el horario de trabajo (cuándo conectarse y cuánto trabajar). ▪ El servicio se presta a través de microtareas, las que no necesariamente deben ejecutarse de forma continua.
Duración indeterminada del contrato	<ul style="list-style-type: none"> ▪ La relación entre la plataforma y el conductor y/o repartidor se limita a la ejecución de cada microtarea. ▪ La plataforma puede dar de baja al repartidor y/o conductor en cualquier momento y si justificación alguna.

⁵⁶ Esta es una situación, como señala Sanguineti, que ya podía advertirse en los años noventa como consecuencia del avance de la tecnología y de un mundo globalizado que impusieron grandes cambios en la organización de las empresas y en la forma de realizar el trabajo, contribuyendo “a abrir nuevas interrogantes sobre la aptitud de las notas típicas de la laboralidad, y en particular de la subordinación, para seguir cumpliendo su rol en la etapa postindustrial que se abría entonces” (2020: 2).

<p>Exclusividad del empleador</p>	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Los repartidores o conductores comúnmente utilizan más de una plataforma.
<p>Prestación en el local de la empresa</p>	<ul style="list-style-type: none"> ▪ No existe un lugar fijo para la prestación del servicio. ▪ La actividad es deslocalizada, se realiza “en la calle”. ▪ Los repartidos y/o conductores suelen elegir la zona geográfica en la cual prestan sus servicios.

Vistas así las cosas, y como ya ha ocurrido en ocasiones anteriores, será necesario replantear el “método indiciario”, adecuando indicios anteriores o acudiendo a otros nuevos que ayuden a determinar cuándo estamos o no ante una verdadera relación de trabajo.⁵⁷ Y, en ese sentido, una referencia obligada es la Recomendación 198 de la OIT sobre la relación de trabajo, que ofrece diversas alternativas de cara a acreditar la existencia de una relación de naturaleza laboral. Las recomendaciones constituyen un bloque importante del ordenamiento internacional del trabajo y, aunque no tengan carácter vinculante, como recordaba Ermida⁵⁸, son -entre ellas muy especialmente la 198- “orientaciones para los jueces a la hora de solucionar casos concretos”, de modo tal que “los tribunales laborales pueden aplicar la recomendación (así como cualquier otra), tanto en la integración del derecho (en caso de vacío legal) como en la interpretación de las normas vigentes”.⁵⁹

La citada Recomendación apuesta porque los Estados miembros cuenten con una política nacional que garantice una protección efectiva de los derechos

⁵⁷ Sanguineti, “El test de laboralidad y los trabajos de la gig economy”, (2020), 2-3.

⁵⁸ Sin duda, es en sede judicial donde una recomendación de la OIT puede desplegar toda su impronta interpretativa, lo que se puede corroborar en la jurisprudencia comparada. Véase en Uruguay, por ejemplo, la sentencia del Tribunal de Apelaciones de Trabajo (1ºT) en la causa Queimada, E contra Uber. El Tribunal confirmó la relación laboral de los conductores apoyándose en que: “*El material normativo como herramienta utilizada para encartar o descartar los hechos como una relación de trabajo o como otra forma de comprometer trabajo, hoy por hoy en Uruguay, se encuentra representado por la Recomendación n. 198 de OIT*”, (Sentencia N° 89/2020, fundamento 4.4.2.2.).

⁵⁹ Oscar Ermida, “La recomendación 198 sobre la relación de trabajo y su importancia para los trabajadores”, Relats, acceso el 10 de marzo de 2021, <http://www.relats.org/documentos/EATP.TA.Ermida.pdf>.

laborales de las personas que ejercen su actividad en el marco de una relación de trabajo⁶⁰, y que combata las relaciones de trabajo encubiertas bajo la apariencia de acuerdos contractuales no laborales con el propósito de ocultar la verdadera situación jurídica de dicha relación.⁶¹ Para tal efecto, las legislaciones nacionales deberían contar con mecanismos que permitan determinar la existencia de una relación laboral⁶², como el establecimiento de un número amplio de indicios o la consagración de una presunción legal de existencia de una relación de trabajo, a partir de la presencia, precisamente, de uno o más de esos indicios.

Entre los indicios específicos que propone la indicada Recomendación, y que en nuestro país han sido recogidos en parte por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional⁶³, se encuentran algunos que podrían identificarse como elementos esenciales del contrato de trabajo. Uno de dichos indicios sería, por ejemplo, que el trabajo sea “ejecutado personalmente” (prestación personal); que esté sujeto al pago de “una remuneración periódica” (remuneración); o que se realice “según las instrucciones y bajo el control de otra persona” (subordinación). A estos se suman otros indicios, como i) la integración de la persona que presta el servicio en la organización de la empresa; ii) que el trabajo requiera de la disponibilidad del prestador del servicio e implique el suministro de herramientas, materiales y maquinarias por parte de la persona para quien se realiza; iii) que la retribución que percibe quien presta el servicio constituya su única o principal fuente de ingresos; iv) que se le reconozcan al prestador del servicio beneficios de naturaleza laboral, como descansos semanales o anuales; o que el riesgo del trabajo lo asuma quien se beneficia del mismo.

⁶⁰ Recomendación 198 (artículo 1).

⁶¹ Artículo 4.b de la Recomendación 198.

⁶² Artículo 11 de la Recomendación 198.

⁶³ Véase la STC, Exp. N° 03917-2012-PA/TC, que señala lo siguiente: "Pues bien, para determinar si existió una relación de trabajo encubierta entre las partes mediante un contrato civil, este Tribunal debe evaluar si en los hechos se presentó, en forma alternativa y no concurrente, alguno de los siguientes rasgos de laboralidad: a) control sobre la prestación o la forma en que esta se ejecuta; b) integración de la demandante en la estructura organizacional de la emplazada; c) prestación ejecutada dentro de un horario determinado; d) prestación de cierta duración y continuidad; e) suministro de herramientas y materiales a la demandante para la prestación del servicio; f) pago de remuneración a la demandante; y, g) reconocimiento de derechos laborales, tales como las vacaciones anuales, las gratificaciones y los descuentos para los sistemas de pensiones de salud (fundamento 24)".

Como ya se ha expresado en otra oportunidad, no se trata de una propuesta de *numerus clausus* o lista cerrada de indicios, sino simplemente de una enumeración que se hace a título ejemplificativo. En consecuencia, a partir de las consideraciones de cada caso podrán presentarse otra clase de indicios o signos, que bien siendo nuevos o que simplemente supongan un *aggiornamento* o reinterpretación de los ya conocidos, ayuden a la determinación de la relación de trabajo.⁶⁴

c) Indicios laborales en el trabajo prestado en las plataformas digitales

Precisamente, las características del trabajo realizado a través de las plataformas digitales de servicios de transportes de pasajeros y de mercancías son un espacio para reflexionar sobre el reconocimiento de nuevos indicios o la redefinición de algunos indicios ya establecidos, bien por la doctrina⁶⁵, la jurisprudencia⁶⁶ o la normativa internacional del trabajo.

De lo expuesto anteriormente, consideramos que podemos movernos en tres escenarios. En primer lugar, resultan aplicables algunos de los indicios que están recogidos expresamente en la Recomendación 198 OIT. Así, para empezar, hay que tener en cuenta que el trabajo que se realiza a través de una plataforma digital supone claramente una prestación personal y, además, que el pago de la retribución de cada tarea realizada se efectúa por intermedio de la propia plataforma. En este punto habría que advertir que esta modalidad retributiva de micro pagos es una forma de salario a destajo que evita el tiempo muerto⁶⁷ y el consiguiente pago por el tiempo que el prestador se encuentra a disposición de la plataforma. Esta situación encierra una paradoja, porque

⁶⁴ Boza, Derecho del Trabajo (Lima: PUCP, 2020), 36.

⁶⁵ Sobre el particular: Todolí (2019: 4-6) y Sanguinetti (2020: 1-8). De igual manera, los trabajos de De León y Pizzo (2019: 53-61), Gorelli (2019: 99-105) y Puntriano (2019: 139-141), antes citados.

⁶⁶ Al respecto, puede verse para el caso español la sentencia en casación N° 805/2020, de fecha 25 de setiembre de 2020, del Tribunal Supremo que enlistó una serie de indicios para el caso de plataformas digitales.

⁶⁷ Gustavo Gauthier, *Impacto de las nuevas tecnologías en el mundo del trabajo*. XXVII Congreso: Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2016), 5.

supone, sin duda, un mayor beneficio para las plataformas, que solo retribuyen por la tarea estrictamente realizada; pero, al mismo tiempo, no puede perderse de vista que el contexto de *crowd work* o trabajo de multitud en el que los repartidores y conductores prestan sus servicios tiene un impacto a la baja en el monto de las tarifas que la plataforma les fija y paga por cada encargo. En definitiva, los repartidores y conductores no tienen el poder de negociar su remuneración, y aunque pudieran, el monto de la misma no sería tan alto por el entorno competitivo en el que se desenvuelven.⁶⁸ Esto obliga a los repartidores o conductores a aceptar el mayor número posible de solicitudes o encargos a fin de obtener un ingreso digno, lo que cuestiona la libertad de la que supuestamente gozan para decidir cuándo y cuánto trabajan.

Pero tal vez los indicios más relevantes en el caso sean dos que están estrechamente vinculados. Por un lado, la principal herramienta de trabajo la proporciona la empresa propietaria o administradora de la plataforma, que es precisamente el soporte técnico de la propia plataforma para realizar el servicio requerido. Esto supone, al mismo tiempo, la integración del conductor o repartidor en la empresa (plataforma) como única manera de poder brindar el servicio. Al respecto, Todolí acota que no se trata de una coordinación entre plataforma y prestador, sino de la imposición unilateral de reglas por parte de la plataforma que deberá cumplir todo aquel que desee prestar el servicio.⁶⁹ Así, el repartidor o conductor no cuenta con “su” propia plataforma para brindar el servicio, sino que precisa de una marca y una plataforma que le son ajenas para trabajar. En esa medida, el aporte del vehículo o teléfono móvil resulta nimio⁷⁰ frente a lo que aporta la plataforma, pues, como indica Gorelli, “lo esencial es la plataforma, que no sólo es el mecanismo de intermediación con los clientes, sino

⁶⁸ León, “Ausencia de regulación, desprotección y encubrimiento de las relaciones de trabajo, ante las nuevas tendencias de prestación de servicio derivadas de la economía colaborativa” en *Trabajo en plataformas digitales: innovación, Derecho y mercado*, directores Adrián Todolí y Macarena Hernández-Bejarano (Aranzadi, 2018), 124.

⁶⁹ Todolí, “El impacto de la “uber economy” en las relaciones laborales: los efectos de las plataformas virtuales en el contrato de trabajo”, *IUSLabor* 3 (2015), 12

⁷⁰ Como indicó el Tribunal Supremo Español (TSE) en setiembre del año pasado: “Los medios de producción esenciales en esta actividad no son el teléfono móvil y la motocicleta del repartidor sino la plataforma digital de Glovo, (...), al margen de la cual no es factible la prestación del servicio (f.21.4).” Sentencia N° 805/2020.

también el instrumento a través del cual se organiza y gestiona la prestación de trabajo”.⁷¹

Por eso insistimos en que no puede hablarse de un emprendimiento propio de los repartidores y conductores, sino de la inserción de estos en la estructura de un negocio que no es el suyo; de ahí el interés de la plataforma de asegurar determinados estándares de calidad que ayuden a posicionar su marca, como una forma de asegurar, al mismo tiempo, el crecimiento o éxito del negocio. En tal sentido, la jurisprudencia española ha concluido que “es impensable que el actor pudiera desempeñar su trabajo transportando comidas entre los restaurantes y los eventuales clientes, en calidad de trabajador autónomo, al margen de la plataforma y con sus solos medios (con su vehículo y con su móvil), ya que el éxito de este tipo de plataformas, se debe precisamente al soporte técnico proporcionado por las TIC que emplean para su desarrollo y a la explotación de una marca”.⁷²

En segundo lugar, hay un conjunto de nuevos indicios asociados a este tipo de trabajo⁷³, desarrollados a partir de lo señalado en el párrafo anterior. Se pone el énfasis así en la “ajenidad de la marca” que se publicita como consecuencia del servicio prestado. No es la marca o el nombre del prestador el que se promociona sino el de la plataforma, que a esta le interesa que se posicione y consolide para asegurar el éxito del negocio. Como señala Todolí, al utilizar una marca ajena poco importa el trato directo que el trabajador tenga con los clientes, pues quien se beneficiará -o perjudicará- en última instancia es el titular de la marca, lo cual es signo inequívoco de una relación laboral y no de

⁷¹ Gorelli, “Plataformas digitales, prestación de servicios y relación de trabajo” (Lima: PUCP, 2019), 105. Como contraposición a la postura señalada, se sostiene que el usuario aporta su propio material y que si bien la plataforma facilita materiales, como la caja isotérmica, lo hace por cuestiones de calidad e higiene. Al respecto véase: Sentencia de la Corte de apelación de París, de fecha 20 de abril de 2017.

⁷² Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Oviedo N° 1818/2019 (fundamento 4, p.11; fecha 25/07/2019). En igual sentido las sentencias del 1° Juzgado de lo Social de Madrid (N° 130/2019) y del 33° Juzgado de lo Social de Madrid (N° 53/2019).

⁷³ Como se dijo, se trata de una lista abierta que crece con el desarrollo jurisprudencial y doctrinal. Así, por ejemplo, Todolí destaca la reputación online, la propiedad de la información, la capacidad de crecimiento, el know how, la ajenidad de la marca, entre otros (2019: 4-7). Por su parte, la sentencia del TSE N° 805/2020 agrega la fijación unilateral de la remuneración y la existencia de sistemas de evaluación, indicios que también han sido acogidos por la Corte Suprema del Reino Unido en el caso *Aslam vs Uber*.

autonomía; pero además, como agrega el mismo autor, la interposición de una marca entre el prestador del servicio y el cliente, impide que aquel actúe en nombre propio en el mercado, porque la interacción entre ambos sujetos se hace bajo el “paraguas” de una marca ajena y no propia, como ocurriría con un verdadero autónomo.⁷⁴ De otro lado, se habla de la “ajenidad de la información”, en la medida que el ‘*know how*’ del negocio o, lo que es lo mismo, de la información de cómo funciona este (como clientes, rutas, costos, evaluaciones, etc.), y que resulta esencial para poder prestar el servicio, la tiene o maneja de manera exclusiva la empresa propietaria o administradora de la plataforma. Esto es una clara muestra de quién gestiona el negocio y de quién simplemente recibe la información y la aplica para la prestación del servicio (ibídem). En la práctica, el manejo de la información se traduce en una forma de control, poniendo en cuestionamiento la supuesta autonomía de estos trabajadores.⁷⁵

Finalmente, es posible adecuar o interpretar ciertos indicios que denotan, de manera indirecta o solapada, manifestaciones de las facultades de organización, control y sanción del trabajo realizado por los conductores o repartidores. Se ha señalado ya la necesidad del posicionamiento de la marca como parte del éxito del negocio de la plataforma; lo que a su vez lleva a la plataforma a la necesidad de construirse un nombre en el mercado, de fidelizar clientes, de obtener y mantener altos índices de aceptación por los servicios que presta, y para garantizar esos niveles de confianza en el mercado y los usuarios es que se recurre a determinados sistemas de reputación y evaluación de las tareas.⁷⁶ En esa medida, es indispensable que el servicio esté sujeto a determinados estándares de calidad que la plataforma requiere controlar. Por eso se pide a los clientes que califiquen a los choferes y repartidores y, a partir

⁷⁴ Todoli, “El futuro del trabajo: nuevos indicios de laboralidad aplicables a empresas digitales”, *Revista de treball, economia i societat*, n. 92 (2019), 6.

⁷⁵ Al respecto, la sentencia de la Corte Suprema del Reino Unido en el caso *Aslam contra Uber*, sostiene que “si es que el conductor, al ser avisado de una carrera, pudiese ver el historial promedio del pasajero, ello le permitiría rechazar a los pasajeros de bajo puntaje que podrían ser considerados como problemáticos. Sin embargo, el conductor no es informado del destino del pasajero hasta que este no ingresa al vehículo y, consecuentemente, ya no tiene la oportunidad de rechazar la carrera en el supuesto que no quiera manejar a ese particular destino” (f. 96, p. 29 traducción libre).

⁷⁶ Mercader, “La prestación de servicios en plataformas profesionales: nuevos indicios para una nueva realidad” en *Trabajo en plataformas digitales: innovación, Derecho y mercado* (Aranzadi, 2018), 163.

de esas evaluaciones, lo que supone una forma de control indirecto, y de la información que se tiene del rechazo de las solicitudes de servicios, se establecen rankings y algoritmos que permiten a las plataformas realizar el reparto de las rutas y los encargos según sus necesidades, prefiriendo implícitamente a unos conductores y repartidores respecto de otros.⁷⁷ Como indica Gorelli, ello demuestra “no solo que se cuenta con un sistema de control *a posteriori*, sino también que existe un ejercicio del poder sancionador por parte del empresario”.⁷⁸ En la práctica, este sistema de premiación y penalización en la asignación de pedidos demuestra que la supuesta libertad de los trabajadores en la elección de horarios y pedidos no es real.⁷⁹

Desde nuestro punto de vista, estamos aquí ante auténticas manifestaciones de la organización y sanción de la actividad de los prestadores, que incluso llevan a la desconexión o baja de los choferes y repartidores del aplicativo sin que se requiera justificación alguna, lo que equivaldría a una suerte de despido digital.⁸⁰

Todas estas, en definitiva, son nuevas formas (indirectas) de entender la subordinación, diferentes a la tradicional, que relativizan, por cierto, la libertad que, en principio, tienen choferes y repartidores de fijar turnos y horarios de trabajo, y de rechazar encargos, pero que exigen, al mismo tiempo, redefinir las técnicas de subordinación, así como sus características, a esta nueva realidad del trabajo.⁸¹

⁷⁷ Como señala la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Oviedo Nº 1818/2019 (f.21.3): “La empresa ha establecido un sistema de puntuación que, entre otros factores, se nutre de la valoración del cliente final. El establecimiento de sistemas de control de la actividad productiva basados en la valoración de clientes constituye un indicio favorable a la existencia de un contrato de trabajo.” En similar sentido se pronunció el Tribunal del Reino Unido en el caso *Aslam*, en referencia al sistema de calificación efectuados por los clientes: “La cuestión no reside determinar si este sistema de control se encuadra con los intereses comerciales de Uber, sino si coloca a los conductores en una posición de subordinación. Y plenamente lo hace”. *Ibíd.* (f. 97 p. 30).

⁷⁸ Gorelli, “Plataformas digitales, prestación de servicios y relación de trabajo” en Sergio Quiñones (coord.), *El Derecho del Trabajo en la actualidad: problemática y prospectiva. Estudios eh homenaje a la Facultad de Derecho PUCP en su centenario* (Lima: PUCP, 2019), 102.

⁷⁹ Sanguinetti, “El test de laboralidad y los trabajos de la gig economy”, *Trabajo y Derecho*, n. 69 (2020), 7.

⁸⁰ En el mismo sentido, De León y Pizzo expresan: “La posibilidad de dar de baja la cuenta de los prestadores del servicio, que las empresas denominan en última instancia ‘rescisión del contrato’, no deja de ser un despido con todas las letras, instituto típico de la relación de trabajo dependiente” (2020: 59).

⁸¹ Rodrigo Palomo, *El trabajo vía plataformas digitales. Estado del debate laboral en Chile*. XXIII Congreso Mundial (Lima: SIDTSS), 557-558.

Como señala el MTPE, ello produce un efecto perverso para los repartidores en la elección de turnos, toda vez que “existe una relación cíclica entre los horarios y los puntos otorgados: si no se toman horas no se reciben puntos, y si no se tienen puntos no se asignan horas”.⁸² Este círculo vicioso no hace otra cosa que demostrar que la supuesta autonomía de dichos trabajadores en la realidad no es tal.

En suma, la jurisprudencia comparada y la doctrina han ido identificando un conjunto de indicios que reflejan i) la unilateralidad o asimetría de la relación contractual (las condiciones y el precio del servicio, al igual que las retribuciones de los encargos o tareas realizados los fija la plataforma); ii) que la organización y administración del negocio recae exclusivamente en la plataforma (la marca es de la plataforma, el uso de distintivos por parte de los repartidores y conductores para el posicionamiento de la marca, la información de los clientes de la plataforma, o la inserción de los repartidores y conductores en la organización de la empresa, porque sencillamente sin su trabajo no tendría viabilidad el negocio); iii) que la herramienta principal de trabajo la proporciona la plataforma (el acceso y uso de la plataforma misma); iv) formas de control de la actividad (sistemas de geolocalización, valoración del servicio prestado por los clientes y elaboración de rankings a partir de ella) y un régimen disciplinario respecto de la misma (asignación de encargo y de franjas horarias en función de los rankings, posibilidad de dar de baja a la cuenta sin justificación alguna). Todo lo dicho, en definitiva, son manifestaciones de una relación contractual de naturaleza laboral.

En consecuencia, la presencia de estos nuevos indicios de laboralidad permitirá al juez, en un caso concreto, reconocer en el trabajo realizado en una plataforma digital la existencia de una verdadera relación subordinada y, como tal, amparada por el derecho del trabajo. Sin perjuicio de ello, existen otras herramientas procesales que coadyuvan a la tutela de esta nueva forma de trabajo: las cargas probatorias dinámicas y el principio de primacía de la realidad.

⁸² Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, *Informe final del grupo de trabajo de naturaleza temporal que tiene por objeto analizar la problemática sobre las condiciones de empleo de las personas que prestan servicios en plataformas digitales y plantear recomendaciones sobre la misma*, 8.

d) Las cargas probatorias dinámicas

Como ya hemos indicado, el reparto sobre qué hechos deberá probar cada parte no puede ser ajeno a la realidad, y para lograr este objetivo en ocasiones la ley establece presunciones que suponen una inversión de la carga de la prueba. Sin embargo, en muchos casos puede que esta inversión legal sea insuficiente para tutelar los derechos de la parte más desfavorecida de la relación material, como ha ocurrido, por ejemplo, con el caso de la presunción de laboralidad y su debilitamiento por parte de la jurisprudencia ordinaria. Es frente a esta insuficiencia que nace la teoría de las cargas probatorias dinámicas, la misma que propone que, al interior del proceso y con prescindencia del rol de actor o de demandado que se ostente, la carga probatoria puede ser trasladada a aquella parte que cuente, en el caso concreto, con mejor capacidad para aportar la prueba.⁸³ Es decir, como sostienen Priori y Pérez Prieto, cuando “el demandante, a pesar de ser el que alega un hecho, no se encuentra bajo ninguna circunstancia en condiciones de probar el hecho que alega, pero la parte contraria sí puede probar en contra de lo alegado, entonces el juzgador deberá invertir la carga de la prueba y solicitarle al demandado que, en vista de su mejor posición sobre el hecho a probarse, es el llamado a probar en contra de lo alegado por su contraparte”.⁸⁴

Así, la teoría de las cargas dinámicas se distingue de las presunciones, toda vez que la inversión de la carga no se produce con anterioridad al proceso, sino al interior del mismo, cuando así lo decida el juez atendiendo a las circunstancias del caso. Claro está, ello no supone una facultad irrestricta del juez que conlleve a la indefensión de alguna de las partes⁸⁵, y es el temor de que esto ocurra una de las razones por las que la indicada teoría no es admitida de

⁸³ Hernández, *Carga dinámica de la prueba. El paradigma de la carga probatoria en el proceso laboral*. XXVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal (La Plata: Asociación Argentina de Derecho Procesal, 2015), 6.

⁸⁴ Giovanni Priori y Roberto Pérez-Prieto De Las Casas, “La carga de la prueba en el proceso laboral”, *Ius Et Veritas*, n. 45 (2012): 339.

⁸⁵ Según Hernández, se trata de una herramienta excepcional y de uso sólo para casos extremo (2015: 7). Por su parte, para Priori y Pérez Prieto, “el reiterado uso de la inversión dinámica de la carga probatoria debería dar lugar a una modificación legislativa en base a la experiencia” (2012: 339).

manera pacífica por la doctrina.⁸⁶ No obstante, un sector de la doctrina procesalista comulga con sus postulados al entender que “las cargas probatorias dinámicas están para garantizar el derecho fundamental a probar, ahí cuando la ley incurra en un error, teniendo en cuenta que la realidad siempre supera a la previsión legal”.⁸⁷ En el ámbito del proceso laboral, esta teoría ha sido utilizada para resolver conflictos en materia de seguridad social, seguridad y salud en el trabajo, así como despidos discriminatorios.⁸⁸

Creemos que, en el caso de los repartidores y conductores de las plataformas digitales, esta dinamización de las cargas probatorias podría manifestarse como una herramienta adicional que permita dilucidar la real naturaleza subordinada de estos servicios. Así, por ejemplo, ante la imposibilidad de un repartidor para acreditar el registro de horas laboradas o el criterio para la asignación de pedidos, la carga probatoria puede ser trasladada a las plataformas que, precisamente –como se ha visto– por el manejo de la información que poseen para la administración del negocio, son quienes en mejor condición están para probar estos hechos.

e) La actuación del principio de primacía de la realidad

Finalmente, una breve referencia al principio de primacía de la realidad como herramienta esencial recogida por nuestra legislación⁸⁹ y jurisprudencia⁹⁰ para calificar la verdadera naturaleza de los servicios prestados a través de plataformas digitales. Es de sobra conocido entre nosotros que este principio faculta y exhorta al juzgador a atribuir las consecuencias jurídicas de aquello que constata en el plano fáctico, con prescindencia de la calificación formal que las partes realicen al respecto. Debemos recordar que los “términos y condiciones del servicio” redactados y utilizados por las plataformas digitales, que son la base de las relaciones contractuales celebradas entre las partes, niegan cualquier

⁸⁶ Al respecto véase Ferrer (2019: 53 y ss.).

⁸⁷ Priori y Roberto Pérez-Prieto De Las Casas, “La carga de la prueba en el proceso laboral”, 339.

⁸⁸ Hernández, *Carga dinámica de la prueba. El paradigma de la carga probatoria en el proceso laboral*, 11.

⁸⁹ Artículo 2.2 de la Ley N° 28806 y artículo 40 de la Ley N° 27809.

⁹⁰ Véase por todas: STC, Exp. N° 1944-2002-AA/TC, fundamento 3.

vínculo laboral con sus repartidores o conductores, y les atribuye a estos la categoría o condición de “socios conductores”, “riders”, “repartidores independientes”, “intermediarios comerciales” o “simples mandatarios”. Frente a estas calificaciones conviene recordar también lo señalado por Neves: “(...) ante cualquier situación en que se produzca una discordancia entre lo que los sujetos dicen que ocurre y lo que efectivamente sucede, el derecho prefiere esto sobre aquello”.⁹¹ De esta manera, el principio de primacía de la realidad permite prescindir de los rótulos y analizar la verdadera naturaleza de los servicios que en la práctica se evidencia, y si en los hechos se constata la inexistente o aparente autonomía de los repartidores y conductores, el juez deberá reconocer la relación laboral entre las partes. En consecuencia, el indicado principio, de la mano con las anteriores herramientas procesales descritas en el presente artículo, opera como una llave de cierre de la facilitación probatoria de la naturaleza laboral del trabajo realizado a través de las plataformas digitales *offline*.

5. La reforma pendiente en el Perú y una reflexión final

Desde hace algunos años se viene discutiendo en el Perú sobre la necesidad de contar con una norma que regule de manera expresa el trabajo realizado a través de las plataformas digitales *offline*. Así, desde el año 2019 a la fecha, se han presentado cinco proyectos de ley con el objetivo general de establecer el carácter laboral del vínculo existente entre los trabajadores (repartidores y/o conductores) y las plataformas digitales.

El último proyecto presentado –lo cuatro anteriores fueron encarpetados– es el 018-2021-CR, que recoge las recomendaciones del Informe Final del Grupo de Trabajo, reconoce la categoría de trabajadores a las personas que presten el servicio de reparto, mensajería y movilidad, mediante plataformas digitales que gestionen el servicio por medio de aplicativos móviles y que se registren como personas jurídicas en el territorio peruano. Asimismo, en este proyecto se plantean una serie de definiciones de lo que se entiende por plataforma digital,

⁹¹ Neves, *Introducción al Derecho del Trabajo*, 41.

aplicativo móvil, titular de la plataforma digital y el trabajador de plataforma digital. Sobre el régimen laboral, se establece que estarán sujetos al régimen laboral de la actividad privada; y sobre el contrato de trabajo, se señala, entre otros aspectos, que la remuneración debe fijarse respecto a las tarifas establecidas por las plataformas en base al kilometraje, tiempo de espera, precio base y bono. Adicionalmente, se propone que el titular de la plataforma digital contrate a favor de sus trabajadores seguros que cubran los supuestos de accidentes personales, invalidez temporal, invalidez total y permanente, responsabilidad civil por daños ante terceros y muerte; además de contar con seguro de salud.

Asimismo, esta propuesta normativa incorpora algunos temas que no se encontraban contemplados expresamente en las anteriores propuestas normativas, como la protección frente a actos de hostigamiento sexual y/o discriminación, y la recomendación a la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral – SUNAFIL, de que elabore un protocolo ad hoc para la fiscalización de los trabajos brindados a través de las plataformas digitales.

No obstante, hasta el momento no se ha llegado a nada concreto y será difícil obtener el consenso necesario en un Congreso de mayoría conservadora en lo político, y neoliberal en lo económico, y que probablemente sigue creyendo que “las leyes naturales del mercado” son suficientes para generar el bienestar de la sociedad. Por eso, desde ese sector se postula que los servicios prestados a través de las plataformas digitales son autónomos, porque así lo han decidido libremente las partes, y que el reconocimiento de derechos laborales a las personas que los brindan incrementaría los costos del servicio, los que serían trasladados a los usuarios finales, con el perjuicio que ello supondría para estos; incluso para los propios repartidores y conductores que verían afectados sus ingresos y hasta podrían perder sus puestos de trabajo generados gracias a los avances de la tecnología digital. Y claro, desde dicha óptica, lo aconsejable sería dejar las cosas como están.

Sin duda que la tecnología y su permanente evolución han sido un factor determinante en el progreso de la humanidad, y en la creación de distintas y nuevas formas de empleo, como la que se ha analizado en el presente artículo.

Pero el problema no está en la tecnología, sino en cómo evitar el uso que se le pueda dar a esta para oprimir al ser humano. Por eso, la frase de Neves, de que “la técnica importa, pero más que ella, el hombre”⁹², nos permite recordar la que creemos es la función del derecho, y del derecho del trabajo en particular: la centralidad que ocupa la persona humana como sujeto de derecho y el necesario respeto a su dignidad e integridad. En el ámbito de las relaciones laborales esta idea tiene una importancia manifiesta, pues si bien el derecho del trabajo tiene como objeto de estudio las prestaciones subordinadas de servicios, no puede perderse de vista que el centro de gravedad de esta disciplina jurídica, y a quienes brinda su tutela, son personas de carne y hueso que cuentan con su propia fuerza de trabajo como única o principal herramienta para procurarse los medios que requieren para vivir.

6. Conclusiones

- El uso y desarrollo permanente de las TIC nos ha conducido a la era de la digitalización y automatización, irrumpiendo nuevas formas de empleo; entre ellas: el trabajo prestado a través de plataformas digitales. Estas formas de trabajo han puesto en evidencia un entorno de precariedad y la afectación de diversos derechos laborales y no propiamente laborales o de ciudadanía laboral.

- Las particularidades del trabajo prestado a través de plataformas digitales, como la aparente libertad de los repartidores y conductores para decidir cuánto y cuándo trabajan, han permitido a las plataformas construir un discurso sobre la autonomía con la que aquellos prestarían sus servicios, y mantener así una cerrada negativa a reconocerles naturaleza laboral, en lo que constituiría una nueva forma de huida del derecho del trabajo.

- Las notas típicas que acompañaron al contrato de trabajo durante mucho tiempo, como la jornada completa y continua de trabajo, o la prestación del servicio en las instalaciones de la empresa, no están presentes en el trabajo realizado a través de plataformas digitales, por lo que carecen de utilidad como

⁹² Ver el texto completo en: <https://agendamagna.wordpress.com/2009/01/22/discurso-de-javierneves-mujica-ceremonia-de-graduacion-en-pucp-derecho/>.

indicios de laboralidad de dichos servicios. Esto, sin embargo, no supone que los conductores y repartidores de tales plataformas califiquen como auténticos trabajadores autónomos.

- Independientemente del rótulo de autonomía que las plataformas otorgan a estas nuevas formas de empleo, el uso de ciertas herramientas probatorias puede coadyuvar a la pronta tutela de una multitud de personas que actualmente viven un escenario de precariedad laboral. Así, por ejemplo, el principio de primacía de la realidad, plenamente asentado en nuestro ordenamiento jurídico, permite reconocer como auténticas relaciones de trabajo a aquellas situaciones que en el plano fáctico cumplen con ser prestaciones personales, remuneradas y subordinadas, como ocurre con frecuencia en el caso de diversas plataformas digitales *offline*.

Bibliografía

- BLANCAS BUSTAMANTE, C. (2020). El poder de dirección del empleador y las nuevas tecnologías. El Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en época de cambios. IX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Lima: SPDTSS.
- BOZA PRÓ, G. (2020). Derecho del Trabajo, Lima: PUCP.
- BOZA PRÓ, G. (2021). Prólogo del libro de Tino Vargas Raschio (2021). *El trabajo a distancia y su regulación en el Perú*. Lima: Gaceta Jurídica.
- CALDERÓN PAREDES, C. (2019). El impacto de las nuevas formas organizativas propias de la economía basada en medios tecnológicos en el mundo del trabajo. THEMIS, núm. 75.
- CROVI DRUETTA, D. (2002). Sociedad de la información y el conocimiento. Entre el optimismo y la esperanza. Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales, vol. XLV, núm. 185.
- CRUZ CAICEDO, M. (2020). Trabajo en línea en las plataformas digitales: Condiciones para lograr el trabajo decente. Tesis doctoral. Universidad Externado de Colombia: Bogotá.
- DE LEÓN, L. y PIZZO, N. (2019). Trabajo a través de plataformas digitales. Análisis del fenómeno en Uruguay. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- DINEGRO MARTÍNEZ, A. (2021). Delivery y empleo: Diagnóstico sobre las condiciones laborales en las plataformas digitales. Caso de Lima – Perú. Lima: Observatorio de Plataformas
- FAJARDO MORI, M. (2016). La Presunción de Laboralidad en la Nueva Ley Procesal del Trabajo. Derecho & Sociedad, núm. 46.
- FERRER BELTRÁN, J. (2019). La carga dinámica de la prueba. Entre la confusión y lo innecesario. *Contra la Carga de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- GAUTHIER GUAZZONI, G. (2015). El Derecho Laboral ante el reto de la economía comparada: apps, smartphones y trabajo humano. Revista Derecho del Trabajo, núm 9.

- GAUTHIER GUAZZONI, G. (2016). Impacto de las nuevas tecnologías en el mundo del trabajo. XXVII Congreso: Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- GORELLI HERNÁNDEZ, J. (2019). *Plataformas digitales, prestación de servicios y relación de trabajo*. El Derecho del Trabajo en la actualidad: problemática y prospectiva. Estudios en homenaje a la Facultad de Derecho PUCP en su centenario. Lima: PUCP.
- HERNÁNDEZ, M. (2015). Carga dinámica de la prueba. El paradigma de la carga probatoria en el proceso laboral. XXVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal. La Plata: Asociación Argentina de Derecho Procesal.
- LEÓN ORDÓÑEZ, G. (2018), "Ausencia de regulación, desprotección y encubrimiento de las relaciones de trabajo, ante las nuevas tendencias de prestación de servicio derivadas de la economía colaborativa" en *Trabajo en plataformas digitales: innovación, Derecho y mercado*, directores Adrián Todolí y Macarena Hernández-Bejarano. España: Aranzadi
- LIZAMA PORTAL, L., & LIZAMA CASTRO, D. (2017). El derecho del trabajo y la economía colaborativa. *Derecho & Sociedad*, n. 49
- MERCADER UGUINA, J. (2018), "La prestación de servicios en plataformas profesionales: nuevos indicios para una nueva realidad" en *Trabajo en plataformas digitales: innovación, Derecho y mercado*, directores Adrián Todolí y Macarena Hernández-Bejarano. España: Aranzadi
- MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO (2020). Informe final del grupo de trabajo de naturaleza temporal que tiene por objeto analizar la problemática sobre las condiciones de empleo de las personas que prestan servicios en plataformas digitales y plantear recomendaciones sobre la misma.
- MONTERO AROCA, J. (2011). Dos perspectivas complementarias: Derecho y carga de la prueba. En: *La prueba en el proceso civil*. Sexta edición. Navarra: Thomson Reuters.
- NEVES MUJICA, J. (2016). *Introducción al Derecho del Trabajo*. Lima: PUCP

- OIT (2021). World Employment and Social Outlook. The role of digital labour platforms in transforming the world of work. Ginebra.
- PALOMO VÉLEZ, R. (2021). El trabajo vía plataformas digitales. Estado del debate laboral en Chile. XXIII Congreso Mundial, Lima: SIDTSS.
- PRIORI POSADA, G. y PÉREZ-PRIETO DE LAS CASAS, R. (2012). La carga de la prueba en el proceso laboral. *Ius Et Veritas*, núm. 45.
- PUNTRIANO ROSAS, C. (2019). La subordinación en las nuevas plataformas de servicios. *El Derecho del Trabajo en la actualidad: problemática y prospectiva. Estudios en homenaje a la Facultad de Derecho PUCP en su centenario*. Lima: PUCP.
- SANGUINETI RAYMOND, W. (2003). La presunción de laboralidad: una pieza clave para el rearme institucional del Derecho del Trabajo en el Perú. *Laborem*, núm. 3. Lima: SPDTSS
- SANGUINETI RAYMOND, W. (2020). El test de laboralidad y los trabajos de la gig economy. *Trabajo y Derecho*, núm. 69.
- TODOLI SIGNES, A. (2015). El impacto de la “uber economy” en las relaciones laborales: los efectos de las plataformas virtuales en el contrato de trabajo. *IUSLabor* 3.
- TODOLI SIGNES, A. (2018). “Nuevos indicios de laboralidad en la economía de plataformas virtuales (Gig economy)”, *Papeles de relaciones ecosociales y cambio global*, núm. 140.
- TODOLI SIGNES, A. (2019). El futuro del trabajo: nuevos indicios de laboralidad aplicables a empresas digitales. *Revista de treball, economia i societat*, núm. 92.

Recursos electrónicos

- ERMIDA URIARTE, O. (s/f). “La recomendación 198 sobre la relación de trabajo y su importancia para los trabajadores”. *Relats*. Consulta: 10 de marzo de 2021. Disponible en <http://www.relats.org/documentos/EATP.TA.Ermida.pdf>.

**EL DERECHO DEL TRABAJO DEL SIGLO XXI Y LA CAÍDA DE
LOS PARADIGMAS: SEIS PROPUESTAS PARA EL CAMBIO**

**LABOR LAW OF THE XXI CENTURY AND THE FALL OF
PARADIGMS: SIX PROPOSALS FOR CHANGE**

Juan RASO DELGUE

Miembro de Número de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Ex-Catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad de la República, Uruguay.

juanraso@redfacil.com.uy

Fecha de envío: 04/12/2022

Fecha de aceptación: 10/12/2022

EL DERECHO DEL TRABAJO DEL SIGLO XXI Y LA CAÍDA DE LOS PARADIGMAS: SEIS PROPUESTAS PARA EL CAMBIO

Juan RASO DELGUE

Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Resumen: Las constantes transformaciones laborales, impulsadas por los avances tecnológicos han modificado los paradigmas tradicionales del Derecho del trabajo. Se diluyen criterios firmes del pasado como el lugar y el tiempo de trabajo, mientras aparecen nuevos paradigmas, que son impreciso y “en formación”. La propuesta apunta a desarrollar seis propuestas concretas para ajustar las reglas de la disciplina a la nueva realidad: el reconocimiento por parte del Derecho del trabajo de las transformaciones en acto; la necesidad ante realidades diferente de construir un derecho diferenciado, sin perjuicio de promover un Derecho del Empleo que asegure tutelas mínimas para todos; un Derecho que reconozca la importancia de la educación y la formación para los trabajos futuros; el rol de la seguridad social en la sostenibilidad del sistema de relaciones laborales, para concluir en la extensión amplia de la negociación colectiva y la sindicalización a todos los trabajadores, prescindiendo de la naturaleza de su vínculo jurídico.

Palabras clave: Paradigma - Futuro del trabajo - Educación - Formación - Seguridad social - Negociación colectiva

Sumario: 1. Introducción. 2. La caída de los paradigmas. 2.1. Los paradigmas. 2.2. Los tres paradigmas centrales del modelo industrialista que cambian: el tiempo, el lugar, la categoría. 2.2.1. El tiempo de trabajo. 2.2.2. El lugar de trabajo. 2.2.3. La categoría laboral. 3. El impacto de los cambios en el trabajo. 3.1. Algunas consecuencias de la caída de los paradigmas. 3.2. Economía y Derecho del trabajo. 3.3. La globalización de la relación de trabajo. 4. El derecho

del trabajo ante los cambios. 4. 1. Primera propuesta: un derecho que reconozca las transformaciones del trabajo. 4.2. Segunda propuesta: ante realidades diferente, un derecho diferenciado. 4.3. Tercera propuesta: hacia un Derecho del Empleo que asegure tutelas mínimas para todos. 4.4. Cuarta propuesta: Un derecho que promueva la educación y la formación para los trabajos futuros. 4.5. Quinta propuesta: Un derecho del trabajo estrechamente coordinado con la seguridad social. 4.6. Sexta propuesta: Un derecho amplio de negociación colectiva y sindicalización. 5. Conclusiones.

Abstract: The constant labor transformations, driven by technological advances, have modified the traditional paradigms of labor law. Firm criteria from the past, such as the place and time of work, are diluted, while new paradigms appear, which are imprecise and “in formation”. The proposal aims to develop six specific proposals to adjust the rules of the discipline to the new reality: the recognition by labor law of the transformations in progress; the need in the face of different realities to build a differentiated right, without prejudice to promoting an Employment Law that ensures minimum protections for all; a Law that recognizes the importance of education and training for future jobs; the role of social security in the sustainability of the labor relations system, to conclude in the broad extension of collective bargaining and unionization to all workers, regardless of the nature of their legal relationship.

Keywords: Paradigm - Future of work - Education - Training - Social security - Collective bargaining

Summary: 1. Introduction. 2. The fall of paradigms. 2.1. The paradigms. 2.2. The three central paradigms of the industrialist model that change: time, place, category. 2.2.1. The working time. 2.2.2. Work place. 2.2.3. The job category. 3. The impact of changes at work. 3.1. Some consequences of the fall of paradigms. 3.2. Economics and Labor Law. 3.3. The globalization of the employment relationship. 4. Labor law in the face of changes. 4. 1. First proposal: a right that recognizes the transformations of work. 4.2. Second proposal: faced with

different realities, a differentiated right. 4.3. Third proposal: towards an Employment Law that ensures minimum protections for all. 4.4. Fourth proposal: A right that promotes education and training for future jobs. 4.5. Fifth proposal: A labor law closely coordinated with social security. 4.6. Sixth proposal: A comprehensive right to collective bargaining and unionization. 5. Conclusions.

1. Introducción*

Hemos expresado en diversas oportunidades que vivimos un cambio de época que en lo laboral se expresa no solo en el extraordinario impacto de las tecnologías, sino también en cambios en los modos de producción y en la cultura de nuestra época, que marcan nuevos paradigmas en las relaciones laborales posmodernas. Si las características del modelo típico se centraban en la estabilidad en el trabajo, los horarios fijos y categorías definidas, el nuevo paradigma laboral promueve la movilidad, los horarios flexibles y el nuevo concepto de competencias laborales. Los jóvenes pregonan hoy – como expresión de una nueva visión de su experiencia de vida – más libertad y menos estabilidad. No podemos pronosticar si el cambio será bueno o malo, pero la peor estrategia imaginable es seguir mirando hacia atrás y anclarse en el pasado. La idea de que nuestros países van a quedar al margen de esos cambios es profundamente errónea y peligrosa.

Uno de los problemas cuando examinamos la cuestión de la empleabilidad del futuro vinculada a los nuevos modos de producción y a las tecnologías, es la ideologización que se produce en el debate. Los cambios que se están dando, y que se producirán en mayor escala, no son un tema de derecha o de izquierda, los cambios son los cambios y el desafío es que cada uno, desde su propia posición, los analice, no los ignore y adecue sus estrategias en función de la realidad.

Cuestiones como el empleo, la variabilidad de los trabajos, las protecciones sociales adaptadas a nuevos modelos productivos no transitarán necesariamente a través de los paradigmas tradicionales del modelo taylorista, aunque éstos coexistirán con la prestación de servicios vía aplicaciones, y con formas autónomas facilitadas por el desarrollo de las tecnologías.

En nuestra reflexiones, seguiremos una hoja de ruta a los largo de la cual examinaremos en primer lugar los principales cambios de paradigmas de los últimos años, para luego referirnos a su impacto en las relaciones laborales y concluir con seis propuestas concretas para acompañar las transformaciones del Derecho del Trabajo.

2. La caída de los paradigmas

2.1. Los paradigmas

La historia de la humanidad es la historia del progreso tecnológico. Como expresaba Robert Nisbet sobre la idea del progreso, “la humanidad ha avanzado en el pasado, avanza actualmente y puede esperarse que continúe avanzando en el futuro” y ello en base a los conocimientos y los avances tecnológicos¹. Las tecnologías han contribuido a alargar nuestras vidas, mejorar las condiciones de salud, volver más amigables muchas formas de trabajo, comunicarnos rápidamente con nuestros seres más queridos, trasponer los límites geográficos con una facilidad desconocida en el pasado.

Pero las constantes transformaciones impulsadas por ese progreso tecnológicos han modificado los paradigmas tradicionales del Derecho del trabajo. ¿De que hablamos cuando nos referimos a la expresión “paradigma”? La palabra de origen griego - παράδειγμα (parádeigma) - refiere a una teoría o conjunto de teorías que sirven de modelo a seguir, para resolver problemas o situaciones determinadas que debemos enfrentar.

La realidad actual nos indica que venimos de un modelo laboral con paradigmas definidos y vamos hacia un modelo en que caen esos paradigmas. Se diluye el paradigma industrialista del Derecho del trabajo, porque como afirma Neffa los paradigmas, aunque refieren a ciclos de larga extensión, no dejan de ser “mortales”, dando lugar al nacimiento de nuevos paradigmas².

Vivimos un cambio de época, en el que aparecen nuevos paradigmas, que son aún impreciso, fluidos, “en formación”. Entre los paradigmas tradicionales y un modelo a definir, nos encontramos ante un agujero negro³, que nos produce miedo y actuamos de la peor manera posible: el rechazo a los cambios.

¹ Nisbet Robert, *La historia de la idea del progreso*, Barcelona 1981.

² Neffa Julio C., *Nuevo paradigma productivo, tendencias contradictorias del trabajo y el empleo. ¿Estamos frente al fin del trabajo y de la sociedad salarial?*, Conferencia en Universidad Nacional de Tres de Febrero, Buenos Aires, 25 de Abril de 2019.

³ *Ídem*.

Como expresa Melamed, “no tenemos la certeza de cuáles trabajos van a ser sustituidos, pero es razonable que quienes vean amenazados su manutención y la actividad laboral que desarrollaron gran parte de sus vidas reaccionen e intenten preservar el statu quo Pero el futuro es indefectible, como lo fue para los angustiados fabricantes de velas cuando apareció la luz eléctrica”⁴.

2.2. Los tres paradigmas centrales del modelo industrialista que cambian: el tiempo, el lugar, la categoría

La jornada de trabajo, la locación de la empresa y la categoría laboral son los tres principales “paradigmas en crisis”, sustituidos por nuevos modelos de producción aún no suficientemente definidos, y por lo tanto no adecuadamente regulados. Nos referiremos brevemente a cada uno de ellos.

2.2.1. El tiempo de trabajo

El modelo taylorista-fordista, desarrolló la idea que la mejor forma de producción debía organizarse científicamente alrededor del trabajo subordinado desarrollado en tiempos fijos y limitados a cambio de un salario predeterminado.

Hoy los modos de producción procuran flexibilizar los esquemas rígidos del tiempo de trabajo La lógica de los “tiempos fijos de la fábrica”, es sustituida por modalidades de realización de “tareas-objetivo”, que requieren “otros tiempos” y - como veremos - no necesariamente deben desarrollarse en la oficina o la fábrica.

Vamos hacia un modelo que facilita la conciliación entre la vida laboral y familiar, pero también puede producir la “confusión” entre una y la otra.

2.2.2. El lugar de trabajo

⁴ Melamed Alejandro, “El futuro del trabajo y el trabajo del futuro”, Buenos Aires 2017, p. 14.

Como expresa gráficamente Supiot, el tiempo y el lugar de trabajo eran en primer lugar el tiempo y el lugar de la subordinación⁵. El trabajador asalariado actuaba en un determinado lugar físico, próximo a su empleador o a quien el empleador había delegado el poder de dirección, porque ello facilitaba la organización del trabajo. En tal sentido, la empresa era un espacio dominado por el principio de la autoridad soberana del empleador⁶, quien además generalmente era propietario de dicho espacio.

El lugar de trabajo era la dimensión geográfica donde no sólo se producía, sino también se gestaba el derecho del trabajo: participación y conflicto, libertades y disciplinas, derechos y obligaciones se alternaban en una constante confrontación, que tendría como producto final la elaboración de normas, que conformarían la disciplina jurídica.

Los nuevos procesos productivos exigen cada vez menos una dimensión espacial fija. El “espacio físico determinado” desaparece como paradigma de la realización de tareas.

La alta tecnología permite trabajar a distancia, fuera del local de trabajo (trabajo via laptop/celular), pero también trabajos con métodos de control remoto (seguridad y ambiente, telemedicina, gerenciamiento de fuentes de energía, trabajo via app, drones, transportes teledirigidos, etc.). Cada vez más tareas pueden ser cumplidas via “*telecommunting*” (“trabajo sin desplazamiento”), modalidad de teletrabajo, que determina que una empresa central, tiene trabajadores “externos” conectados via ordenadores desde sus casas.

La crisis sanitaria del COVID 19 expandió el trabajo remoto en una dimensión desconocida en el pasado, lo cual nos permite hoy hablar de “nómades digitales” para referirnos a aquellos trabajadores que trabajan en forma remota para brindar sus servicios o vender sus productos, a través de herramientas informáticas.

⁵ Supiot Alain, *Trabajo asalariado y Trabajo independiente*, Informe al VI° Congreso Europeo de derecho del trabajo (Varsovia 13-17 de setiembre de 1999), en Anales del Congreso, p. 153.

⁶ *Ibidem*, p. 157.

El futuro inmediato ya muestra que el metaverso - es decir una nueva realidad de tipo “inmersiva” - será el lugar de trabajo de grandes franjas de la población mundial.

2.2.3. La categoría laboral

La categoría predefinida (*lo que yo sé hacer*) es expresión del modelo taylorista, que promovía la igualdad de la forma de ejecución de tareas similares, retribuidas en forma idéntica bajo el principio de “a igual tarea, igual salario”.

El concepto de categorías es hoy sustituido por el de competencia laboral, entendida ésta como el conjunto de atributos personales (actitudes, capacidades) que permiten desarrollar exitosamente una actividad laboral. Entre éstas, encontramos habilidades como la rapidez, la empatía grupal, la responsabilidad en la resolución de problemas, la flexibilidad para el cambio, la valoración de la iniciativa individual, la creatividad, la orientación al cliente, etc.

Pero también se exige que el trabajador posea conocimientos diferentes que se sumen a su formación original: el valor de un abogado, un técnico en programación o un funcionario de banco será definido no solo por sus conocimientos propios de la función, sino también por otros (conocimiento de idiomas, manejo de las tecnologías, etc.), que se sumarán a su específica educación profesional.

3. El impacto de los cambios en el trabajo

3.1. Algunas consecuencias de la caída de los paradigmas

La caída de los paradigmas tradicionales impacta inevitablemente sobre la realidad laboral, produciendo efectos diversos y provocando situaciones que el Derecho del trabajo tradicional no regula. Más que una huida del Derecho laboral, es la propia disciplina que no encuentra las herramientas adecuadas para regular modalidades de trabajo que se alejan de los criterios propios del trabajo de fábrica o de oficina. Anotaremos a continuación algunos aspectos que

consideramos relevante a la hora de analizar el impacto de las transformaciones (en especial, las transformaciones tecnológicas) sobre el trabajo:

- Subordinación “evanescente”: se diluyen muchos de los indicadores clásico del trabajo subordinado, para dar lugar a relaciones laborales autónomas o semiautónomas: la crisis de la subordinación es la crisis del Derecho del trabajo, lo cual determina que - como recordaba Bronstein en el Congreso Americano de Panamá de 2016 - ante las nuevas realidades, “el Derecho del trabajo pierde clientes”⁷.

- Desaparece en muchos casos la “presencialidad”, que era un elemento esencial del contrato típico de trabajo subordinado. La pandemia del COVID 19 acentuó el trabajo remoto, demostrando que la economía y muchas estructura de la sociedad pueden sostenerse a través del teletrabajo realizado a gran escala.

- Las tecnológicas acentúan la división y polarización del trabajo. Las personas sin una formación tecnológica mínima - o que no se han recalificado (generalmente persona mayores) - no pueden conseguir trabajos de calidad y quedan relegadas a la realización de tareas de baja calidad o a ocupar la posición de “desempleados permanentes”.

- La solidaridad del modelo industrialista (con sus categorías rígidas, que favorecían la igualdad de los trabajadores) es sustituida por un individualismo propio de un sistema productivo que premia según las habilidades y conocimientos propios de cada trabajador, perdiéndose las referencias de la dimensión colectiva del trabajo. Los intereses u objetivos del sindicato en muchos casos ya no coinciden con los intereses individuales de los trabajadores, lo cual produce una fractura entre las cúpulas y las bases de las organizaciones del colectivo. .

- La carrera de un trabajador ya no se construye adentro de una única empresa, sino a través de múltiples actividades y empresa. Se pierden así las referencias industriales y humanas que eran características de la revolución

⁷ Bronstein Arturo, intervención en el X Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Panamá, 30 de setiembre de 2016.

industrial. No se adquiere más un título para toda la vida, sino que es necesario emprender un "recorrido formativo", que acompañará al trabajador de por vida.

- Al mismo tiempo que se incrementa la autonomía del trabajador en la resolución de problemas, aumenta su estrés. El trabajador debe estar pronto para resolver con rapidez todos los problemas que se le planteen en el trabajo y en especial aquellos que surgen de su interacción con las tecnologías y con el consumidor.

- La creciente intervención de la Inteligencia Artificial obliga al trabajador a familiarizarse y compartir las tareas con el robot: hablamos hoy de "co-botización" para referirnos a la convivencia de humanos con máquinas inteligentes y robots.

3.2. Economía y Derecho del trabajo

El Derecho deja cada vez más espacio a los economicistas, quienes consideran que lo mejor para el mercado es lo mejor para la sociedad. Sobre este peligro alerta Supiot al expresar:

Hablamos hoy indiferentemente de reforma del mercado de trabajo o de Derecho del trabajo, como si el mercado se identificara con el Derecho... Los economistas son considerados especialistas para debatir de derecho del trabajo. Las ciencias económicas son consideradas hoy como el fundamento legítimo de lo que debería ser⁸.

El peligro hoy es que el laboralista asuma el rol del economicista y examine la realidad desde los criterios impuestos por las reglas económicas. No tenemos dudas que una nueva organización del trabajo, la robotización, la reducción de los costos laborales pueden volver la producción más eficiente y generar mayor riquezas. Pero la economía no logra en el nuevo modelo evitar la concentración de esas riquezas.

Mayores riquezas no equivalen a mayor prosperidad de una sociedad. Las sociedades del futuro – a partir de los criterios economicistas y de los nuevos instrumentos puestos a disposición por las tecnologías-, producirán más riqueza;

⁸ Supiot Alain, entrevista de Mathilde Goanec, "Mediapart", 3 de mayo de 2016.

pero ese modelo económico ampliará las distancias económicas y sociales entre quienes dominen los conocimientos y las habilidades requeridos en los nuevos sistemas productivos y aquellos trabajadores que no tienen posibilidades reales de salir de su condición de exclusión y pobreza. Como en los mundos apocalípticos vaticinados en películas del estilo *Max Mad*, es imaginable que la polarización social – fruto de las iniquidades del mercado de trabajo – será uno de los más graves problemas de las próximas dos décadas, por lo menos en América Latina..

La re-regulación del trabajo debe ser acompañada por lo tanto por una indispensable re-regulación de las tutelas laborales. Mientras existe un consenso generalizado de adaptar la reglas del derecho laboral a los cambios del trabajo, poco se discute sobre como se reorganizarán las tutelas de los sectores vulnerables de la población. Se critica el modelo taylorista porque es desajustado a los modos de producción actual, pero debe reconocerse que la legislación construida en torno a ese modelo, significó durante casi un siglo la protección de millones de trabajadores. De atenuarse esas tutelas, ¿que otro tipo de protecciones imaginamos para un modelo sustentado en tecnologías cada vez más avanzadas que abren espacios virtuales en los que se vuelve difícil - a veces imposible - aplicar las tutelas tradicionales?

3.3. La globalización de la relación de trabajo

La expansión del trabajo remoto profundiza la idea de la oferta laboral a nivel global. Si la globalización de la economía significa que las empresas pueden producir y comercializar en el espacio del mercado global, la globalización de la contratación laboral implica que cualquier empresa podrá contratar a cualquier trabajador del mundo para que obre en la dimensión digital.

Ya operan a nivel mundial plataformas como Deel, que promete en su “*homepage*” a las empresas contratar a trabajadores en cualquier lugar del mundo, asumiendo la plataforma la responsabilidad de cumplir con la legislación local aplicable al trabajador⁹. La nueva modalidad de contratación llevará

⁹ <https://www.letsdeel.com/es/>, fecha de consulta: 16/11/2022.

inevitablemente a una competencia a nivel global, con un efecto “dumping” que destruirá las tutelas del Derecho del Trabajo y/o que favorecerá la vinculación con trabajadores de países con reducidas tutelas laborales y fiscales.

Ello llevará a una dolorosa consecuencia. Mientras por un lado nos preocupa el “dumping” laboral, por el otro deberemos formar a nuestros trabajadores en habilidades digitales y laborales para operar en esa dimensión, en competencia con otros trabajadores del mundo, para evitar el riesgo de la exclusión en el nuevo mercado del trabajo global.

Con relación a la naturaleza del vínculo laboral, es probable que la economía de plataformas será el modelo privilegiado del trabajo remoto a través de vínculos de semidependencia o independencia. Como expresa De Stefano, en ese modelo las empresas ya han combinado de manera lucrativa una mayor vigilancia, falso trabajo por cuenta propia y la “contratación masiva” de trabajo hacia el sur global, aprovechando las bajas remuneraciones y la protección cero. Las experiencias actuales demuestran que los trabajadores colaborativos no son detenidos por las zonas horarias y se acostumbran a trabajar durante mucho tiempo en horas “no sociables” para clientes en todo el mundo¹⁰.

Las actuales tendencias laborales – agrega el autor – promoverán aún más el trabajo a distancia: ¿para qué salir de casa para ir a una tienda y pedir consejo sobre un artículo, si uno puede en la nueva realidad inmersiva hablar satisfactoriamente con un dependiente, representado por su avatar, y comprar el artículo en línea?¹¹.

4. El derecho del trabajo ante los cambios

La cuestión central de nuestra disciplina es como reformular las tutelas de un Derecho del trabajo, concebido en el marco de los paradigmas del modelo industrial, que además de reglas de producción, fue también elaborando reglas

¹⁰ De Stefano Valerio, “The rise of the *just-in-time workforce*: On-demand work, crowdwork and labour protection in the *gig.economy*”, en *Conditions of Work and Employment Series* N° 71, OIT, Ginebra 2016, disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2682602, fecha de consulta: 02/12/22.

¹¹ *Ídem*.

de protección del trabajo. Como expresa Romagnoli, el industrialismo clásico, además de un modelo de producción económica, significó “*una forma de pensar*” las tutelas del trabajador¹².

Existe un pecado original del Derecho del trabajo. El derecho del trabajo nació como un derecho “exclusivo y excluyente”. Su objeto – pese a su nombre engañoso – no fue proteger en términos generales al “trabajo”, es decir a todos los trabajos, sino tutelar solo un determinado tipo de trabajo: el trabajo subordinado. Hoy pagamos el precio de ese pecado.

Hay quienes imaginan un derecho del trabajo tradicional que pueda “atrapar” en sus reglas a las nuevas formas de trabajo, que ya no responden a los paradigmas que fueron determinantes para la construcción de la disciplina. Entendemos que será un esfuerzo vano o limitado a aquellos mínimos porcentajes de trabajadores que acudan a la justicia y logren un fallo que reconozca tutelas del Derecho del trabajo tradicional a las nuevas formas atípicas del trabajo. Pero, para los demás - para la gran mayoría - el Derecho del trabajo tradicional será inoperante.

Lo que es necesario es un Derecho del trabajo que asuma la existencia de las nuevas realidades y logre claras regulaciones en cada comunidad nacional, sin necesidad del recurso judicial: o dejando el recurso judicial como la instancia para reparar las violaciones al nuevo derecho.

¿Cómo imaginar entonces los cambios? ¿Cómo “resetear” el Derecho del trabajo?

Nos permitimos presentar 6 propuestas o “ideas-fuerza” sobre los ajustes del futuro Derecho del trabajo:

4.1. Primera propuesta: un derecho que reconozca las transformaciones del trabajo

El Derecho del trabajo típico no surgió como una entelequia jurídica construida en el silencio de las bibliotecas. Todo lo contrario: fue construyéndose

¹² Romagnoli Umberto, mensaje inaugural en el XXVI Encuentro de ex Becarios de Bologna-Castilla La Mancha, Valparaiso (Chile), 10 de noviembre de 2017.

a partir de hechos empíricos, expresión de la organización productiva del modelo industrialista, el conflicto de clase, la negociación, la intervención mediadora del Estado .

Entendemos que el derecho del trabajo que gobernará las próximas décadas deberá reconocer los nuevos hechos empíricos que conforman el trabajo actual. Así como aconteció en el modelo taylorista, las regulaciones del trabajo no deberán descender desde los alto, sino construirse “desde abajo”, es decir desde las realidades que promueven un nuevo conflicto social y laboral.

La idea subyacente en esta operación no es por lo tanto la de reducir o flexibilizar el Derecho del trabajo, sino todo lo contrario: abrir sus fronteras a las nuevas realidades, para ampliar sus espacios de regulación. Evidentemente enfrentamos el desafío de superar el conflicto entre un sistema de valores radicados en la tradición y otro que quiere afirmarse, muchas veces en contraste con aquélla¹³.

Llama la atención que el Derecho Civil - mucha veces inmóvil en sus principios y conceptos - ha sabido adaptarse, creando “categorías jurídicas desde nuevas realidades”, como es el caso del instituto del matrimonio. Los códigos tradicionales expresan que la institución matrimonial se funda en la unión de personas de distinto sexo, que cumplidas determinadas formalidades, contraen derechos y obligaciones establecidas en las previsiones legales. El Derecho Civil en una operación de expansión jurídica - de “apertura de sus fronteras” – comienza a reconocer la existencia de nuevas realidades que impone la vida en comunidad: por ejemplo, la unión de personas que no cumplen con las formalidades matrimoniales establecidas por el código o la unión de personas del mismo sexo. La respuesta civilista ha sido la de reconocer las nuevas realidades y a partir de ellas (desde la base) construir nuevas categorías o sub-categorías del matrimonio, atribuyendo a las mismas derechos y obligaciones.

¹³ Donati Busnelli Francesco, “Quale futuro per le categorie del diritto civile”, en *Rivista di Diritto Civile*, Milano 2015, p. 2.

El Derecho – y en especial el Derecho del trabajo tan apegado a la realidad – no debe ser el resultado de abstracciones especulativas, sino construirse a través de la experiencia, estratificada en el tiempo¹⁴.

Las transformaciones del trabajo muestran por lo tanto nuevas realidades y el reto del jurista es el de reconocerlas, para poder así regularlas, rechazando la idea de comprimirlas en los “envases” de las categorías tradicionales. Se trata pues de construir nuevas categorías – que sin desconocer los principios de la disciplina – reconozcan y se ajusten al mundo empírico. Entre las nuevas realidades, asumen importancia relevante las siguientes:

a) la expansión de formas de trabajo autónomo y semi-dependiente, que sustituirán cada vez más a los trabajadores subordinados;

b) La dislocación cada vez más acentuada de trabajadores externos a las empresa, que viven en países distintos del de su empleador, sin vínculos formales de dependencia: ¿Qué reglas aplicarles y que juez regulará el derecho aplicable?;

c) la nueva composición del trabajo empresarialmente organizado que conjuga formas de empleo tradicionales a tiempo completo, empresas conjuntas, contratistas, autónomos, robots, etc.;

d) la expansión de trabajos vinculados a las nuevas tecnologías, especialmente aquél vinculado a las plataformas *on-demand* y el aumento de trabajo remoto en el espacio digital. La postpandemia nos muestra que estas nuevas y distintas formas de trabajo siguen reclamando regulaciones, ajustadas a las características propias de estas modalidades laborales.

4.2. Segunda propuesta: ante realidades diferente, un derecho diferenciado

Hace más de dos décadas y ante transformaciones menos disruptivas que las actuales, pretendimos elaborar una teoría, que denominamos “de los

¹⁴ Ascoli Max, “La interpretazione delle leggi”, Saggio di filosofia del diritto, Roma 1928, p. 12, cit. por Donati Brusnelli Francesco, ob. cit., p. 9.

círculos” y que planteaba algo por supuesto muy criticable: tutelas laborales diferentes para formas de trabajo distintas.

Imaginábamos tres situaciones disimiles: el trabajo subordinado, el trabajo independiente (hoy diríamos independiente o semi-independiente) y la informalidad.

Proponíamos que los diversos instrumentos de protección previstos por el Derecho del Trabajo operaran en forma diferenciada ante realidades diferentes. Imaginamos, cuando escribíamos, un Derecho del trabajo en círculos concéntricos, con diversas tensiones y tutelas: mayores protecciones y costos en el primer caso; tutelas intermedias con menores costos para los segundos; tutelas mínima para la informalidad, sustentadas principalmente en la seguridad social.

Cuando escribimos en 1999 sobre la “Teoría de los círculos” despertamos una inevitable polémica entre “principistas” y “relativistas” del Derecho del trabajo. Para algunos, establecer sectores (círculos) con diferentes niveles de protección, significaba una forma de discriminación, promoviendo un sistema con trabajadores de primera, segunda y tercera clase.

Hoy, 25 años después, la diferenciación del trabajo ha aumentado y el trabajo independiente o semiautónomo ha ido ocupando nuevos espacios, a expensas de trabajo propiamente subordinado, mientras la informalidad avanza no solo en América Latina, sino también en Europa (informales dependientes, cuentapropistas, microempresas, etc.).

Aunque pueda pesar, entendemos que el Derecho del trabajo debe reconocer esa realidad “diferenciada”. De ahí que optemos por una posición, blanco de críticas, pero que deriva de lo que consideramos una visión realista del sistema: si comprobamos en los hechos la existencia de sistemas diferentes de organización del trabajo y de prestación de los servicios, deberemos producir normas que tengan en cuenta esa diversidad. Ignorar el fenómeno, significará - como ha acontecido hasta el presente - legislar solo para los trabajadores del primer círculo, es decir los trabajadores típicos, cada vez menos numerosos.

Destaco la posición actual de la jurisprudencia británica que al examinar el trabajo de las aplicaciones de transporte, reconoce a los conductores de las

mismas el carácter de “workers”, diferenciándolos de los “employees” (o trabajadores plenamente subordinados). Es una forma de definir realidades distintas y aplicar tutela diferentes.

4.3. Tercera propuesta: hacia un Derecho del Empleo que asegure tutelas mínimas para todos

La economía virtual indica que los círculos siguen profundizándose. Entendemos que detrás de un Derecho del trabajo diferenciado, debe existir un piso mínimo de tutelas para todos los trabajos, englobado bajo el común denominar de Derecho del empleo: “empleo” así, a secas, sin diferenciaciones entre subordinación, autonomía, lugar o tiempo. Un Derecho del empleo con un sistema general de protecciones mínimas extendidas a todo trabajador, por la sola condición de participar en una comunidad productiva, con reglas políticas y sociales, que aseguren derechos básicos a todas las personas que trabajan.

El cuadro de protección para trabajadores “de toda clase” deberá construirse a partir de una serie de principios y derechos, ya reconocidos en las Constituciones y los grandes Pactos supranacionales. Entre ellos, mencionamos:

A. El derecho al empleo propiamente dicho, que no se limita al derecho de conseguir un trabajo, sino que ese trabajo debe ser decente, es decir que debe permitir alcanzar una existencia digna. En este sentido el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales indica en su art. 6.2 que “para lograr la plena efectividad de este derecho deberá figurar la orientación y formación técnico-profesional, la preparación de programas, normas y técnicas encaminadas a conseguir un desarrollo económico, social y cultural constante y la ocupación plena y productiva, en condiciones que garanticen las libertades políticas y económica fundamentales de la persona humana”.

B. El principio de protección del empleo. Las constituciones modernas y los pactos internacionales reconocen el trabajo y el empleo como un bien de la colectividad, que como tal debe ser protegido. Esto significa la extensión del principio de protección a todo trabajador, sin discriminación alguna, por su

condición de ciudadano titular de los derechos reconocidos en las cartas constitucionales. Es así que el principio protector se vuelve mucho más amplio y rico que su visión tradicional, que era la de proteger al trabajador subordinado frente a su empleador.

C. El derecho a usufructuar de las políticas activas de empleo. El Estado debe garantizar medidas necesarias para que toda persona pueda obtener ocupación productiva, a través de la promoción de planes de fomento del empleo.

D. El derecho a una remuneración digna. Toda persona tiene derecho a recibir - como contraprestación de su trabajo - una suma en dinero (cualquiera sea la calificación jurídica de la misma) suficiente para que le permita vivir con dignidad y cubrir para sí y su familia las necesidades básicas.

E. El derecho a la limitación diaria de su labor y a la desconexión. Toda persona tiene derecho a que su prestación laboral diaria esté limitada y a la desconexión total de su trabajo, lo que implica el derecho a interrumpir durante determinado tiempo entre jornadas laborales, su contacto con todo instrumento que lo conecte con la empresa o persona para las cuales realice sus tareas.

F. El derecho a la igualdad de trato y no discriminación. Los ordenamientos constitucionales aseguran los principios de igualdad de trato y/o de no discriminación en el trabajo, lo que implica la prohibición de todo tipo de diferenciación en cualquier forma de trabajo, en razón de género, ideología política, raza, edad, credo religioso o cualquier otra condición.

4.4. Cuarta propuesta: Un derecho que promueva la educación y la formación para los trabajos futuros

Los cambios tecnológicos obligan a implementar políticas activas destinadas a mejorar la formación y capacitación laboral de los trabajadores como forma de adaptar las competencias laborales a las nuevas modalidades de trabajo. Si bien es cierto que las tecnologías destruyen empleos tradicionales en vastas áreas de la producción de bienes y servicios, también promueven nuevas oportunidades de trabajo que exigen habilidades específicas no desarrolladas en

las curriculas tradicionales del proceso educativo, en especial en la enseñanza pública. El trabajador que pierde su empleo generalmente tendrá grandes dificultades para conseguir un nuevo empleo en las anteriores condiciones. Sin modificaciones de las capacidades y conocimientos laborales, el futuro mostrará la expulsión de enormes masas de trabajadores, o su desplazamiento hacia formas más pobre de trabajo. El principal desafío para los Estados nacionales – y también para los actores sociales, y en especial el actor sindical – es como educar para los empleos del futuro y como ajustar los planes formativos a las necesidades del nuevo modelo industrial.

Los “nuevos trabajo” responden la mayoría de las veces a modalidades productiva con una fuerte apuesta a las innovaciones tecnológicas, que asignan importancia y revalorización a la profesionalidad, a la inteligencia y a la formación. Se sustituye el criterio de las "capacidad adquirida" con el de la "formación continua o profesionalizante" (mixto de conocimientos y capacitación): no se adquiere más un título para toda la vida, sino que es necesario emprender un "recorrido formativo", que acompañará al trabajador a lo largo de su existencia laboral.

Como indica el “Plan de Acción de Educación Digital” (2021-2027), iniciativa de la Unión Europea para ajustar los sistemas de educación y formación de los Estados a la era digital, existen dos ámbitos prioritarios sobre lo que enfocar las políticas públicas: a) el fomento del desarrollo de un ecosistema educativo digital de alto rendimiento y b) la mejora de las competencias y capacidades digitales en la dimensión tecnológica¹⁵.

En el primer caso - el desarrollo de un sistema educativo digital - el Plan incluye las siguientes medidas:

- infraestructuras, conectividad y equipos digitales;
- planificación y desarrollo de capacidades digitales eficaces, incluidas las capacidades organizativas actualizadas;
- profesores y personal de educación y formación con competencias y confianza digitales;

¹⁵ Comisión Europea, Plan de Acción de Educación Digital 2021-2027, 30/09/2020, en <https://education.ec.europa.eu/es/focus-topics/digital-education/action-plan>, recuperado el 29/11/2022.

- contenidos de aprendizaje de alta calidad, herramientas fáciles de usar y plataformas seguras que respeten las normas sobre privacidad digital y las normas éticas¹⁶.

Con relación a la mejora de las competencias digitales, el Plan de Acción de la Unión Europea apunta a temas como:

- capacidades y competencias digitales básicas desde una edad temprana;
- alfabetización digital, incluida la lucha contra la desinformación;
- educación informática;
- buen conocimiento y comprensión de las tecnologías intensivas en datos tales como la inteligencia artificial;
- capacidades digitales avanzadas que generen más especialistas digitales;
- velar por que las niñas y las mujeres jóvenes estén representadas por igual en los estudios y carreras digitales¹⁷.

En época de debate sobre la transformación educativa en nuestros países, estos documentos nos sacuden y muestran la limitación de muchas de las propuestas educativas nacionales, generalmente orientadas a la formación tradicional. Nos alertan sobre la necesidad de emprender acciones educativas sostenibles para formar a nuestros jóvenes y recalificar a nuestros adultos en empleos cada vez más impregnados de la dimensión digital.

Ante la caída de los paradigmas tradicionales, debemos preguntarnos como educar para los nuevos modelos de producción y ello plantea - en particular en nuestro continente - preguntas que nos interpelan:

¿Nuestros educadores están preparados para el uso de las tecnologías digitales en la enseñanza y están en condiciones de contribuir a la “alfabetización digital” de los jóvenes?

¿El sistema educativo público - formación secundaria y terciaria - plantea estrategias educativas para obrar desde cada sector del conocimiento con las necesarias herramientas digitales o prefiere derivar la cuestión tecnológica a las

¹⁶ *Ídem.*

¹⁷ *Ídem.*

universidades privadas, a riesgo de aumentar la brecha de competencias laborales entre la educación pública y privada?

¿Existen datos en nuestros países sobre las competencias digitales de los jóvenes entre 13 y 18 años?

¿La alfabetización digital será un nuevo camino de discriminación entre las distintas franjas sociales, medidas en función de los ingresos?

La pandemia y sus efectos sobre el trabajo, obligan a reflexionar sobre la educación y la formación para el futuro. Ya no se trata simplemente de conocer algo más sobre los nuevos trabajos: el desafío es “aprender el idioma” de las tecnologías digitales para evitar que un nuevo “analfabetismo” - al igual que aquél del siglo XIX - aparte a amplios sectores de trabajadores de las futuras oportunidades de empleo.

4.5. Quinta propuesta: Un derecho del trabajo estrechamente coordinado con la seguridad social

Uno de los grandes desafíos del futuro del trabajo será sin duda la reformulación de las protecciones del ciudadano-trabajador, en muchos casos marginado de las posibilidades de empleo, que ofrecerán las nuevas tecnologías. La reducción del trabajo asalariado/registrado, que se aceleró en la pandemia 2020/2021¹⁸, pone en crisis el modelo bismarckiano, porque serán cada vez menos los trabajadores en condiciones de contribuir con sus prestaciones al sistema, en el marco de un fenómeno de “deslaborización” del sistema de seguridad social. .

El desafío de la próxima década será el de la “sostenibilidad social” porque ya no existirán masas salariales suficientes que contribuyan a la redistribución de las riquezas. Ante esta realidad, será indispensable la intervención de programas de seguridad social que permitan satisfacer las necesidades que se plantearán a nivel de la niñez, el desempleo, el envejecimiento de la población, las políticas de cuidados, etc.

¹⁸ OIT, *Panorama Laboral 2020: América Latina y el Caribe*, Lima 2020, pp. 41 y ss.

Deberán “pensarse” modelos a partir de una base tributaria que grave la mayor riqueza producida, como contracara a la exclusión que esa misma riqueza genera. Se ha expresado que *“los robots deberán cotizar a la seguridad social”*. Es una forma de decir, pero que encierra una realidad evidente: la mayor producción de riqueza con menos trabajo humano deberá parcialmente devolverse a la sociedad a través de tributos fiscales.

En esta línea, el Informe de la Comisión Mundial del Centenario de la la OIT se detiene sobre el rol que deberá cumplir la seguridad social en el futuro:

*La protección social es un derecho humano y es esencial para que los trabajadores y sus familias puedan gestionar sus futuras transiciones. Ante las transformaciones que se están produciendo y que darán lugar a perturbaciones y desplazamientos de población, la protección social libera a los trabajadores de temores e inseguridades, y les ayuda a participar en los mercados laborales*¹⁹.

También destaca el documento que *“la protección social es un factor productivo”* que ayuda a las personas y a las economías a prosperar”. Pero alerta:

*Sin embargo, más de la mitad de la población mundial sigue estando absolutamente desprotegida, una parte bastante considerable de la población solo está parcialmente cubierta, y los cambios en la organización del trabajo han creado nuevas deficiencias que es preciso subsanar*²⁰.

El Informe de la OIT apuesta precisamente a una solidaridad global que permita compensar los desequilibrios económicos, que inevitablemente se producirán a nivel individual. *“El futuro del trabajo - afirma - precisa un sistema de protección social sólido y con capacidad de respuesta, basado en los principios de solidaridad y de reparto de los riesgos que ayude a satisfacer las necesidades de las personas a lo largo del ciclo de vida*²¹.

Aparece también en el debate económico y político la cuestión de la renta básica universal. Existe cierto consenso global, aunque con diferencias ideológicas importantes, en la necesidad de materializar fórmulas para asegurar

¹⁹ OIT, “Trabajar para un futuro más prometedor”, *Informe de la Comisión sobre el Futuro del Trabajo*, Ginebra 2019, p. 36.

²⁰ *Ídem*.

²¹ OIT, *Informe de la Comisión sobre el Futuro del Trabajo...* cit., p. 12.

beneficios mínimos a todos los integrantes de la sociedad. Como en los momentos cruciales de su historia, la OIT - a través de la Comisión Mundial - señala con énfasis el compromiso de las naciones de obrar para asegurar un bienestar universal:

Exhortamos a que se adopte una Garantía Laboral Universal que comprenda los derechos fundamentales de los trabajadores, un «salario vital adecuado», límites a las horas de trabajo y que garantice la seguridad y la salud en el lugar de trabajo²².

Los gobiernos - agrega el Informe - tienen que garantizar la protección social universal desde el nacimiento hasta la vejez con un piso de protección social que ofrezca un nivel básico de tutela a todas aquellas personas que la necesiten, complementado con regímenes de seguro social contributivo que proporcionen niveles más altos de protección²³.

Estas consideraciones indican que es necesario reforzar las políticas públicas en materia de tutelas sociales, hoy deterioradas a partir de ideologías políticas de fines del siglo XX que pregonaban el desarme del Estado de bienestar social por ser un anacronismo en la economía globalizada. Paradójicamente, la crisis de la pandemia COVID 19, que ha hecho estragos en los empleos, ha impuesto - aún países con gobiernos conservadores - la necesidad de reformular un nuevo Estado de bienestar, que implica retornar a políticas públicas de carácter previsional y asistencial. Aunque la asistencia social no resuelve la problemática de fondo, no debe descuidarse - por motivos económicos y por razones humanitarias - como solución de emergencia para los grupos más vulnerables, entre los que destacan la niñez y la ancianidad.

4.6. Sexta propuesta: Un derecho amplio de negociación colectiva y sindicalización

Ante los dilemas que plantea la regulación del trabajo en sus diversas expresiones, es necesario reconocer a todos los trabajadores -

²² OIT, *Informe de la Comisión sobre el Futuro del Trabajo...* cit., p. 39.

²³ OIT, *Informe de la Comisión sobre el Futuro del Trabajo...* cit., p. 37.

independientemente de la naturaleza del vínculo jurídico - el derecho de negociación colectiva y el derecho de sindicalización.

El ya citado Informe de la Comisión Mundial de la OIT enfatiza sobre el derecho de “todos los trabajadores” de “disfrutar del reconocimiento de su libertad sindical y del derecho de negociación colectiva, con el Estado como garante de esos derechos”²⁴. No caben dudas sobre la extensión de los derechos sindicales y de negociación a todas las categorías de trabajadores, porque ello constituye una “Garantía Laboral Universal” que comprende los derechos fundamentales de la libertad sindical y de la negociación colectiva²⁵. La Comisión concluye que “todos los trabajadores –incluidos los autónomos y los de la economía informal– y todas las empresas deberían disfrutar de libertad sindical y de asociación, y del reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva”²⁶.

Por lo tanto, y más allá del debate sobre la naturaleza jurídica de muchos de los actuales trabajos (el ejemplo más notorio es el de las aplicaciones de transporte o de reparto), los derechos de sindicalización y negociación deben claramente alcanzar a estos colectivos, en función de las prestaciones laborales que cumplen y de los derechos a los que legítimamente puedan aspirar sus trabajadores organizados colectivamente.

5. Conclusiones

Los paradigmas tradicionales que construyeron el modelo del Derecho del trabajo “típico” caen y aún no es posible definir características propias del modo de producción del siglo XXI, en el que aparecen en forma incipiente nuevos paradigmas, que aún no se han consolidado.

La homogeneidad de las relaciones laborales de gran parte del siglo XX cede ante la diferencialidad de los actuales modelos y formas de producción y trabajo. El Derecho del trabajo es llamado a regular una realidad que se expresa

²⁴ OIT, “Trabajar para un futuro más prometedor”, *Informe de la Comisión sobre el Futuro del Trabajo*, Ginebra 2019, p. 14.

²⁵ *Ídem*, p. 41.

²⁶ *Ídem*, p. 46.

en forma muy variada, sin perder su natural rol tutelar, aunque asumiendo que la fenomenología de fondo ha cambiado, que los ajustes son necesarios y deberá actuarse con rapidez. En este proceso no hay que huir de la disciplina, pero inevitablemente habrá que introducir categorías jurídicas elaboradas a partir de las nuevas experiencias.

Las nuevas transformaciones del trabajo deberán ser acompañadas por una indispensable re-regulación de las tutelas laborales y ciudadanas. Mientras existen consensos sobre la necesidad de ajustar las reglas del derecho laboral a los cambios del trabajo, poco se discute sobre cómo se reorganizarán las tutelas de los sectores vulnerables de la población que sufrirá los impactos con mayor fuerza. Se critica el modelo taylorista porque no se ajusta a los modos de producción actual, pero debe reconocerse que la legislación construida en torno a ese modelo, significó durante casi un siglo la protección de millones de trabajadores. De atenuarse esas tutelas, ¿que protecciones imaginamos para una sociedad en que se modifica el modelo típico de trabajo? Las generaciones futuras pedirán cuenta a las actuales: ¿qué sistema social fueron Uds. capaces de construir en la época de la Inteligencia Artificial y los algoritmos?

Consideramos que ese es el gran desafío y el objeto del debate global: como ajustar el Derecho a nuevos criterios de trabajo, sin descuidar la necesidad de regular nuevas tutelas sustitutivas, para proteger a aquellos trabajadores que queden al margen de la producción de las riquezas.

Como ha expresado Rodríguez Fernández, “no podemos mirar el futuro con los ojos del pasado; pero tampoco podemos olvidar el pasado al mirar el futuro”²⁷. En una lógica que apunta a ajustar el Derecho del trabajo a las nuevas realidades, hemos planteado seis propuestas para el cambio, que sin excluir otros aportes, entendemos oportunas para establecer una hoja de ruta en la construcción de un nuevo Derecho del trabajo para el Siglo XXI.

Ante una época de transformaciones profundas, el Derecho del trabajo es llamado a seguir cumpliendo su natural rol tutelar, pero asumiendo la fuerza de los cambios. Es un debate que lejos de expresar la crisis de nuestra disciplina,

²⁷ Rodríguez Fernández María Luz, *Cómo gobernar la transición digital: el impacto de la tecnología sobre el empleo y las condiciones de trabajo*, Coloquio de la Asociación Uruguaya de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Montevideo 28/04/2021.

muestra su vitalidad y su constante necesidad de renovación. Hoy, más actuales que nunca son las palabras de Plá Rodríguez: “el Derecho del trabajo es un derecho en constante formación: está siempre inacabado, incompleto, imperfecto. Es un derecho provisorio: las normas laborales nunca pueden considerarse definitivas: tienen una nota de transitoriedad, de plasticidad, de fácil envejecimiento”²⁸.

²⁸ Plá Rodríguez Américo, Curso de Derecho Laboral, T.I V.1, Montevideo 1979, p. 23.

Bibliografía

- ASCOLI, M. (1928). “La interpretazione delle leggi”, Saggio di filosofía del diritto, Roma.
- BRONSTEIN, A. (2016). Intervención en el X Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Panamá, 30 de setiembre.
- DONATI BUSNELLI, F. (2015). “Quale futuro per le categorie del diritto civile”, en *Rivista di Diritto Civile*, Milano.
- MELAMED, A. (2017). “El futuro del trabajo y el trabajo del futuro”, Buenos Aires.
- NEFFA, J. C. (2019). *Nuevo paradigma productivo, tendencias contradictorias del trabajo y el empleo. ¿Estamos frente al fin del trabajo y de la sociedad salarial?*, Conferencia en Universidad Nacional de Tres de Febrero, Buenos Aires, 25 de Abril.
- NISBET, R. (1981). *La historia de la idea del progreso*, Barcelona.
- OIT (2019). “Trabajar para un futuro más prometedor”, *Informe de la Comisión sobre el Futuro del Trabajo*, Ginebra.
- OIT (2020). *Panorama Laboral 2020: América Latina y el Caribe*, Lima.
- PLÁ RODRÍGUEZ, A. (1979). Curso de Derecho Laboral, T.I, V.1, Montevideo.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M. L. (2021). *Cómo gobernar la transición digital: el impacto de la tecnología sobre el empleo y las condiciones de trabajo*, Coloquio de la Asociación Uruguaya de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Montevideo, 28 de abril.
- ROMAGNOLI, U. (2017). Mensaje inaugural en el XXVI Encuentro de ex Becarios de Bologna-Castilla La Mancha, Valparaiso (Chile), 10 de noviembre.
- SUPIOT, A. (1999). *Trabajo asalariado y Trabajo independiente*, Informe al VI° Congreso Europeo de derecho del trabajo (Varsovia 13-17 de setiembre), en Anales del Congreso.

Recursos electrónicos

COMISIÓN EUROPEA (2020). Plan de Acción de Educación Digital 2021-2027, 30/09/2020. Disponible en <https://education.ec.europa.eu/es/focus-topics/digital-education/action-plan>.

DE STEFANO, V. (2015). “The rise of the *just-in-time workforce*: On-demand work, crowdwork and labour protection in the *gig.economy*”, en *Conditions of Work and Employment Series*, N° 71, OIT, Ginebra. Disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2682602.

**DEBATE: LOS DESAFÍOS QUE PLANTEA EL TRABAJO DE
CUIDADOS EN UN MUNDO CAMBIANTE**

**DISCUSSION: THE CHALLENGES OF CARE WORK IN A
CHANGING WORLD**

El equipo editorial de la Revista Jurídica del Trabajo decidió dedicar la sección de debate del N° 9, al tema del trabajo de cuidados.

El trabajo de cuidados constituye un reto de mucha actualidad para todas las sociedades, tanto si se centra su estudio en las personas que dependen de este tipo de trabajos (especialmente quienes tienen edad avanzada y los niños), como si se lo mira desde la protección que debe adquirir esta prestación laborativa (que en muchos sistemas jurídicos alcanza unos grados de desprotección significativos), así como si se observa de manera más abstracta su anclaje en los sistemas de protección social, su contribución financiera a la seguridad social, etc.

Esta modalidad de trabajo también ofrece importantes desafíos en materia de igualdad, ya que son los trabajadores migrantes y las mujeres, quienes asumen en términos proporcionales un papel preponderante.

En este sentido, a las desigualdades en términos de inserción al mercado de trabajo que soporta la mujer, en parte motivadas por su rol que asume durante la maternidad, también se le suma la asunción (histórica) de la tarea de los cuidados familiares. Un dato preocupante aportado por la OIT refleja que “[l]as mujeres realizan el 76,2% de todo el trabajo de cuidados no remunerado, dedicándole 3,2 veces más tiempo que los hombres”¹.

Algo similar ocurre con los trabajadores migrantes (especialmente aquellos que viven un proceso de migración involuntaria), quienes tienen grandes dificultades de inserción laboral, y a causa de ello, suelen “escoger” tareas de este tipo, por su mayor facilidad de acceso al trabajo (a pesar de tener -en muchos casos- cualificaciones y competencias profesionales para desarrollar otro tipo de actividades).

La OIT ha expresado que:

[e]l trabajo de cuidados, tanto remunerado como no remunerado, es de vital importancia para el futuro del trabajo decente. El crecimiento de la población, el envejecimiento de las sociedades, las familias cambiantes, el lugar todavía secundario de las mujeres en los mercados de trabajo y las deficiencias en las políticas sociales exigen que los gobiernos, los

¹ OIT, *El trabajo de cuidados y los trabajadores del cuidado para un futuro con trabajo decente*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2018, p. 3.

empleadores, los sindicatos y los ciudadanos adopten medidas urgentes en lo que respecta a la organización del trabajo de cuidados. Si no se afrontan de manera adecuada, los déficits actuales en la prestación de servicios de cuidado y su calidad crearán una grave e insostenible crisis del cuidado a nivel mundial y aumentarán más aún la desigualdad de género en el trabajo².

Natalia Aranco y Rodolfo Saldain aportan una reflexión sobre la dependencia de cuidados, como un reto y riesgo social del siglo XXI, potenciado por el mayor envejecimiento de la población y la mayor incorporación de las mujeres al mercado de trabajo. En el trabajo también se analizan las políticas públicas de cuidados en el Uruguay, las estrategias de financiamiento y se plantean posibles lineamientos para una revisión del sistema de cuidados en el Uruguay.

César Carballo Mena, plantea algunas consideraciones sobre el trabajo de cuidados desde una perspectiva jurídica. En particular, profundiza en su compleja delimitación, su importancia, sus categorías más trascendentes, y las reflexiones que debería propiciar para desmontar desigualdades e inequidades.

Federico Rosenbaum Carli³
(Coordinador del tema de debate del N° 9)

² OIT, *op. cit.*, p. 1.

³ *Doctor en Derecho (PhD) del programa de Administración, hacienda y justicia en el Estado Social y Magíster (LLM) en Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Universidad de Salamanca, España. Profesor Adjunto de alta dedicación y Director de los Programas Académicos de las carreras de grado de Abogacía y Notariado, Universidad Católica del Uruguay. Investigador activo del Sistema Nacional de Investigadores (SNI-ANII). ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-1152-6561>. Correo electrónico: federico.rosenbaum@ucu.edu.uy.*

LA DEPENDENCIA DE CUIDADOS: RIESGO SOCIAL DEL SIGLO XXI

CARE DEPENDENCY: SOCIAL RISK OF THE 21ST CENTURY

Natalia ARANCO

Doctora en Economía, University of New South Wales, Australia. Desde 2017, consultora independiente en temas de envejecimiento y cuidados, con trabajos para el Banco Interamericano de Desarrollo y el Banco Mundial. Integrante de la Comisión de Expertos en Seguridad Social (2020-2021).

natalia.aranco@gmail.com

Rodolfo SALDAIN

Autor de "La era de los nuevos viejos. Longevidad, trabajo y jubilación en el siglo XXI". Ex integrante del directorio y presidente del Banco de Previsión Social (1986-1993), co-redactor de la reforma previsional de Uruguay de 1995 y de Costa Rica de 1997. Ex presidente de la Comisión de Expertos en Seguridad Social (2020-2021) y coordinador del proceso de redacción del proyecto de creación del Sistema Previsional Común.

rodolfo@saldain.com

Fecha de envío: 06/12/2022

Fecha de aceptación: 10/12/2022

LA DEPENDENCIA DE CUIDADOS: RIESGO SOCIAL DEL SIGLO XXI

Natalia ARANCO

Comisión de Expertos en Seguridad Social (Uruguay)

Rodolfo SALDAIN

Comisión de Expertos en Seguridad Social (Uruguay)

Resumen: Los autores reflexionan sobre la dependencia de cuidados, como un reto y riesgo social del siglo XXI, potenciado por el mayor envejecimiento de la población y la mayor incorporación de las mujeres al mercado de trabajo. En el trabajo también se analizan las políticas públicas de cuidados en Uruguay, estrategias de financiamiento y se plantean posibles lineamientos para una revisión del sistema de cuidados en el Uruguay.

Palabras clave: Dependencia de cuidados - Políticas públicas - Financiamiento - Sistema de cuidados

Sumario: 1. Introducción. 2. Dependencia de cuidados en los extremos del ciclo vital. 3. Políticas públicas de cuidados en Uruguay: aplicación e impactos. 4. Estrategias de financiamiento. 5. Posibles lineamientos para una revisión del sistema de cuidados en Uruguay.

Abstract: The authors reflect on care dependency, as a challenge and social risk of the 21st century, boosted by the greater aging of the population and the greater incorporation of women into the labor market. The paper also analyzes public care policies in Uruguay, funding strategies and possible guidelines for a review of the care system in Uruguay.

Key words: Care dependency - Public policies - Funding - Care system

Summary: 1. Introduction. 2. Care dependency at the extremes of the life cycle. 3. Public care policies in Uruguay: application and impacts. 4. Financing strategies. 5. Possible guidelines for a review of the care system in Uruguay.

1. Introducción

La seguridad social ha evolucionado desde los seguros sociales *bismarckianos*, a partir de necesidades sociales y económicas insatisfechas.

Hasta la generalización de los sistemas de pensiones, la seguridad económica en la vejez no estaba “institucionalizada”, sino que era responsabilidad de estructuras familiares tradicionales. Los hijos, generalmente muchos, eran los principales responsables de la manutención de los viejos, generalmente pocos y con pocos años de vida luego de no poder seguir trabajando. El concepto de “jubilación” *pre-bismarckiano* era equivalente a incapacidad laboral. Dejaba de generar valor económico la persona que devenía incapaz de trabajar como consecuencia de su edad. Eso cambió con la Revolución Industrial, la migración hacia las ciudades y su expansión. La familia perdió su hegemonía como fuente de seguridad económica en la vejez.

Seguros sociales de diferente naturaleza fueron la respuesta que rápidamente se extendió en los países pioneros en incorporarse a las nuevas formas de producción. La dependencia de cuidados va por el mismo camino.

2. Dependencia de cuidados en los extremos del ciclo vital

Históricamente ha sido una necesidad social que se resolvía en el seno de las familias, generalmente como parte de la distribución sexual del trabajo. Siempre había mujeres que se hacían cargo de la función de cuidado. Era su forma de no-trabajo, para decirlo de alguna manera que ya evoqué, una de las aristas del problema: la tarea de cuidado no remunerado como modalidad infravalorada de trabajo, en comparación al trabajo remunerado. En las últimas décadas, de la mano de la segunda transición demográfica, esta problemática pasó a los primeros planos. Es un proceso bien descrito por la literatura especializada, que se inicia en la segunda postguerra y ha venido completándose en muchos países, Uruguay incluido. Refiere a los cambios ocurridos en el seno familiar, las tendencias reproductivas, el descenso de la mortalidad y de la fecundidad, entre otros.

La mujer salió del “*domus*” para integrarse en actividades productivas, aunque sin dejar su “no-trabajo” en la interna familiar. Fue un imperativo de la segunda guerra mundial y el efecto de escasez de mano de obra masculina, que obligó a las mujeres a incorporarse rápida y masivamente al mundo del trabajo. El nuevo rol productivo de la mujer se adicionó al rol reproductivo inherente de su biología y al de cuidadora propio de la concepción tradicional de la distribución de tareas en las familias.

Este proceso no ha hecho más que generalizarse desde entonces. La llamada “estructura informal de cuidados” basada en las responsabilidades familiares, ha convivido hasta nuestros días con la mujer trabajadora en el sentido de sujeto de derecho del trabajo¹.

Los cambios que se han operado en los roles femeninos, así como su incorporación masiva al mercado de trabajo, unido al proceso de envejecimiento, han generado una brecha entre la necesidad y la disponibilidad de cuidados. En ese contexto, surge la necesidad de recurrir a otros proveedores del servicio de cuidados.

La dependencia de cuidados difícilmente pueda lograr satisfacción adecuada sin una activa participación estatal. Se trata de una nueva rama de la protección social, todavía en proceso de aprendizaje. A esta altura de su evolución, lo único cierto es que los requerimientos y necesidades de cuidados de diferente alcance² serán cada vez mayores. A medida que la población envejece, hay más personas que necesitan apoyo con la realización de las actividades de la vida diaria (comer, bañarse, vestirse, etc.). En Uruguay se estima que alrededor de 9.5% de las personas mayores de 65 años requieren apoyo para estas actividades, esto es alrededor de 50 mil personas. Hacia 2050, si bien la prevalencia se mantendrá casi incambiada (9.8%), el número de personas en esta situación podría llegar a casi 80 mil.³

¹ Eileen BORIS. *Making the Woman Worker. Precarious labor and the fight for global standars, 1919 – 2019*. Oxford University Press, 2019.

² Los grados de dependencia de las actividades básicas de la vida diaria se clasifican en tres grados: grado I o dependencia moderada, grado II o dependencia severa, y grado III o gran dependencia (Decreto 427/016).

³ Aranco, N., Stampini, M., Ibarrarán, P. (2022). Prevalence of Care Dependence Among Older Persons in 26 Latin American and Caribbean Countries. Nota Técnica IDB-TN-2470, Banco Interamericano de Desarrollo.

Una característica importante de este proceso es que los mayores tienden a vivir solos, en proporción muy importante. En más de la mitad de los hogares uruguayos integrados por personas mayores, estas viven solas o en compañía de otra persona mayor. Esa proporción crece a medida que se aumenta la edad.⁴ La mayoría de las personas de 65 y más años viven solas o con su pareja. Los hogares unipersonales constituyen el 30,9% de los hogares de las personas que tienen entre 65 y 79 años y alcanzan el 42,3% de los hogares de personas mayores de 80 años.⁵

Por otro lado, a las necesidades crecientes de cuidados de las personas mayores se suman las necesidades de cuidados de los niños pequeños, cuyo número, si bien decreciente, sigue siendo relevante, a los que se suman las personas en situación de discapacidad de todas las edades.

En un contexto, como el mencionado, de disminución del tamaño de las familias y aumento de la participación laboral de las mujeres, se genera una brecha entre oferta y demanda de cuidados que hay que atender.

Pero, además, las necesidades de cuidados – y la eventual forma en que las mismas se resuelven – tienen impactos directos sobre el sistema previsional. En primer lugar, una de las maneras de aliviar la carga en el sistema de pensiones es aumentar el número de contribuyentes, en particular, de las mujeres. Ante la inminente perspectiva de reducción del número de población en edad de trabajar en Uruguay, incrementar los niveles de actividad femeninos sería también un requerimiento de productividad de la propia economía.

Si bien la oferta laboral femenina ha aumentado en las últimas décadas, las brechas de género aún persisten y son explicadas, en gran medida, por una división desigual de las responsabilidades de cuidados, que recaen desproporcionadamente sobre las mujeres. Un sistema de cuidados que ofrezca servicios de calidad, accesibles para quienes lo necesiten, permitiría una mayor

⁴ Pugliese, Leticia y Naranja, Martín (2012). Jubilación Parcial Análisis descriptivo de algunos países Europeos, Asesoría en Políticas de Seguridad Social Asesoría General en Seguridad Social. Comentarios de Seguridad Social N° 36, abr-jun/2008.

<https://www.bps.gub.uy/bps/file/1408/1/jubilacion-parcial.analisis-descriptivo.-pugliese-y-naranja.-marzo-2012.pdf>. Consultada el 29 de noviembre de 2022.

⁵ Kluver, C., Nuñez, I., Bellomo, F. (2020). Características de los hogares con personas mayores. <https://cess.gub.uy/sites/default/files/2021-01/Caracter%C3%ADsticas%20de%20los%20hogares%20con%20personas%20mayores.pdf>

participación laboral femenina, repercutiendo en la economía en general y en particular en el sistema previsional (además de repercutir positivamente sobre la igualdad de género, fuera y dentro de las familias). Desde otra perspectiva, la existencia de servicios públicos de calidad en el cuidado infantil es la clave de países relativamente exitosos en detener la caída de la tasa de fecundidad femenina, en tanto habilitan una mejor compatibilidad de la vida laboral con la vida familiar y, especialmente, la maternidad. Estimaciones con datos de Argentina, Brasil, México, y Perú muestran que la economía del cuidado podría generar hasta cuatro millones de empleos en 2030⁶. En Uruguay, el sistema de cuidados podría llegar a dar empleo formal hasta a 10 mil personas⁷.

En segundo lugar, la regularización y formalización de los servicios de cuidados, no solo genera un aumento adicional en el número de cotizantes, sino que impacta directamente en la calidad del empleo, en un sector predominantemente femenino.

Por último, para las personas mayores, el gasto en cuidados puede representar una proporción significativa de su ingreso, por lo que la cobertura de las necesidades de atención de largo plazo tiene un impacto directo en la evaluación de la suficiencia o adecuación de las prestaciones previsionales.

3. Políticas públicas de cuidados en Uruguay: aplicación e impactos

Uruguay es, a la fecha, el único país de la región que tiene un sistema nacional de cuidados a nivel nacional en funcionamiento, con respaldo legal, y una institucionalidad definida. La creación del Sistema Nacional Integrado de Cuidados (SNIC) a fines del año 2015, logró poner el tema de los cuidados en la agenda pública y posicionó a Uruguay como líder de la región en el tema.

El sistema plantea un enfoque del ciclo de vida, aspirando a cubrir las necesidades de cuidados tanto de los niños como de las personas en situación

⁶ Aranco, N., Bosch, M., Stampini, M., Azuara, O., Goyeneche, L., Ibararán, P., Oliveira, D., Reyes, M., Savedoff, W., Torres, E. (2022). *Envejecer en América Latina y el Caribe: protección social y calidad de vida de las personas mayores*. Banco Interamericano de Desarrollo. <https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Envejecer-en-America-Latina-y-el-Caribe-proteccion-social-y-calidad-de-vida-de-las-personas-mayores.pdf>

⁷ Aranco et al. 2022. *Op. Cit.*

de dependencia. Para los niños, se brindan distintos servicios para el cuidado de la primera infancia, ya sea en guarderías o en centros educativos. En el caso de las personas con dependencia, el sistema brinda un subsidio para la contratación de un asistente personal a domicilio, servicios de telesistencia, además de cupos en centros diurnos, dependiendo de la edad y el nivel de dependencia de la persona.

A pesar de estos avances, las restricciones presupuestales han hecho que los niveles de cobertura logrados estén lejos de las metas planteadas al momento de la concepción del sistema, sobre todo en el caso de la población en situación de dependencia funcional.

Si bien destaca la cobertura lograda en primera infancia, a través de la integración al sistema de cuidados del Plan CAIF, una política pública con casi cuarenta años de desarrollo, todavía existe un porcentaje relevante de necesidades no satisfechas. Se proyectaba que, hacia 2020, se habría logrado la universalización de la oferta de educación inicial para los niños de 3 años, aumentaría la cobertura en centros infantiles para niños de 2 años por encima del 50%, y se brindaría atención al 60% de la población con dependencia severa⁸. En 2019, la cobertura pública de servicios de cuidados para la primera infancia superaba el 40%⁹. Sin embargo, aproximadamente el 6% de los mayores de 65 años con algún grado de dependencia funcional recibe servicios por parte del sistema¹⁰.

Existen también grandes desafíos en lo que respecta a la calidad de los servicios. El sistema quiso hacer una apuesta fuerte a aumentar la calidad de los servicios a través de la capacitación, la formalización, y la remuneración de los trabajadores del sector, en su mayoría mujeres.

Sin embargo, la formación de los recursos humanos es hoy uno de los principales cuellos de botella para lograr una provisión de calidad. Los objetivos

⁸ SNIC (2015). Plan Nacional de Cuidados: 2016-2020.

⁹ SNIC (2020). *La construcción del cuarto pilar de protección social en Uruguay. Balance y desafíos 2015-2020*. Memoria quinquenal. Sistema de Cuidados.

¹⁰ Cálculos propios con base en cobertura de los servicios reportada en SNIC (2020). *Op. Cit.* y estimación de la población por grupos de edades del INE. Se supone que la tasa de dependencia por grupos de edades se mantiene incambiada respecto a los resultados arrojados por la ELPS (2013).

de formación propuestos al comienzo del sistema, que incluían contar con la totalidad de las personas trabajando como cuidadores (ya sea como asistentes personales o como parte de instituciones de cuidados) formados y acreditados, no se han alcanzado. Según el propio organismo, en 2020 las necesidades de formación sin cubrir alcanzaban las casi seis mil personas.

Además de las brechas en lo que respecta a formación de recursos humanos, la capacidad de regulación del estado en cuanto al cumplimiento de los estándares de calidad de las instituciones de atención a la dependencia es débil. Por ejemplo, cerca de un 7% de las residencias de larga estadía para personas mayores cuenta con la habilitación sanitaria requerida, y poco más del 10% tiene la habilitación social¹¹.

En febrero de este año se puso en funcionamiento el programa de Apoyo al Cuidado Permanente, mediante el cual las personas mayores que viven en centros que deben ser clausurados son realojados a centros habilitados. Este programa permitirá realojar a alrededor de 50 personas mayores por año¹². Esto sin dudas permite atacar las situaciones más críticas, donde incluso la propia vida de la persona mayor puede estar corriendo riesgo, pero es aún insuficiente para asegurar la calidad del cuidado que se les brinda a las aproximadamente 14 mil personas que viven en estas instituciones.

La supervisión de la calidad es aún más compleja cuando se trata de servicios de cuidados brindados en el hogar. Esto es así en todas partes del mundo¹³, pero enciende una luz de alerta, sobre todo si se tiene en cuenta la tendencia global, cada vez más fuerte, a impulsar el envejecimiento dentro del hogar, atendiendo a las preferencias de las personas mayores y sus familias¹⁴.

Muchos de los retos respecto a cobertura y calidad, se ven exacerbados por factores que tienen que ver directamente con la implementación y el diseño

¹¹https://www.180.com.uy/articulo/85497_intiman-por-tramite-de-habilitacion-a-472-establecimientos-para-personas-mayores&ref=delsol

¹²<https://www.bps.gub.uy/18920/programa-para-realojo-de-personas-mayores-residentes-en-elepem-a-ser-clausurados.html>

¹³ Medellín, N., Ibararán, P., Matus, M., Stampini, M. (2018). Cuatro elementos para diseñar un sistema de cuidados. Nota Técnica IDB-TN-1438, Banco Interamericano de Desarrollo.

¹⁴ Aranco, N. e Ibararán, P. (2020). Servicios de apoyo personal para personas con dependencia funcional: Antecedentes, características y resultados. Nota Técnica IDB-TN-1884, Banco Interamericano de Desarrollo.

de los programas. Mencionaremos a continuación algunos de ellos, haciendo énfasis en el programa de asistentes personales que es, hoy, el principal programa dirigido a niños y personas mayores en situación de dependencia funcional.

En primer lugar, el subsidio que se le da a la persona dependiente para la contratación del cuidador cubre el salario y los costos de seguridad social del trabajador, pero no cubre un eventual despido. Sin embargo, la mayoría de los usuarios del servicio son personas de condición socioeconómica vulnerable y, por lo tanto, no podrían hacer frente al costo de un eventual despido. El asistente personal, a su vez, conociendo la situación de los hogares para los que presta servicios, en la mayoría de los casos tampoco lo reclama. Esto ha dado lugar a situaciones, donde la relación laboral ha concluido, pero el Estado no es comunicado, y sigue pagando el subsidio al cuidador.

En segundo lugar, si bien la ley de creación del sistema permite la provisión colectiva del servicio de asistencia domiciliaria, hasta la fecha, la misma no ha tomado fuerza. El servicio se provee de manera individual, donde cada hogar establece una relación contractual con el cuidador. Esto genera problemas prácticos, como por ejemplo, la ausencia del servicio cuando el asistente personal se toma vacaciones o se enferma.

En tercer lugar, el sistema ofrece diferentes servicios según la edad y el grado de dependencia de la persona, pero sin tener en cuenta el contexto y las necesidades individuales, y sin permitir la combinación de servicios de una manera que podría ser más eficaz para la persona cuidada y su familia, y más eficiente en términos de costos para el Estado. Por ejemplo, mientras que en algunos casos las ochenta horas mensuales de asistencia que brinda el sistema son insuficientes, en otros, tal vez las necesidades de cuidados se podrían cubrir con menos horas de asistencia en el hogar si se agregan, al mismo tiempo, otros tipos de apoyo, como ser un servicio de teleasistencia.

El denominador común de la mayoría de estos desafíos – aunque no de todos– es el financiamiento. Se estima que dar servicios de cuidados al 50% de las personas mayores de 65 años con dependencia severa podría costarle a

Uruguay alrededor de 0,4% del PIB¹⁵. En 2050, solo debido al envejecimiento poblacional este costo podría aumentar a 0,6% del PIB. Si se amplía la cobertura a las personas más jóvenes, como es hoy el caso en Uruguay, el costo sería incluso mayor. Hoy Uruguay invierte menos de 0,1% por todo concepto en el Sistema Nacional Integrado de Cuidados¹⁶. El sistema se financia con recursos de rentas generales y, en teoría, con el copago de los usuarios de niveles socioeconómicos relativamente altos. Esta última fuente de financiamiento (los copagos) ha sido, sin embargo, casi inexistente, ya que casi 100% de las personas que usan los servicios reciben un subsidio de al menos un 67% del costo total.

4. Estrategias de financiamiento

La longevidad, incluso si fuera exitosa en la compresión de la morbilidad en un breve período final, requiere, en forma cada vez más habitual, una etapa de cuidados de variable intensidad y duración. Tradicionalmente brindados por las familias, los cambios operados en estas hacen prácticamente imposible satisfacer esa necesidad sin recurrir a apoyos externos, ya sea en domicilio o en instalaciones especializadas, de acuerdo al grado de afectación.

Internacionalmente se ha acordado que son cuidados de larga duración un conjunto de servicios personales para quienes son dependientes de ayuda en las actividades básicas de la vida diaria durante un período extenso de tiempo. Algunos países, como España y Uruguay, optaron por diseñar sus sistemas nacionales de cuidados sobre la base de financiamiento presupuestal. Otros países han optado por hacerlo bajo modalidad de seguro social.

Una clasificación de las posibles fuentes de financiamiento de los cuidados de larga duración distingue entre financiamiento ex ante y financiamiento expost.¹⁷

¹⁵ Fabiani, B., Costa-i-Font, J., Aranco, N., Stampini, M, Ibararán, P. (2022). Opciones de financiamiento de los servicios de atención a la dependencia en América Latina y el Caribe. Nota Técnica IDB-TN-2473, Banco Interamericano de Desarrollo.

¹⁶ Cálculos propios con base a www.gub.uy/ministerio-economia-finanzas/sites/ministerio-economia-finanzas/files/documentos/publicaciones/tomo-ii-inc-15_1.pdf (pagina 24).

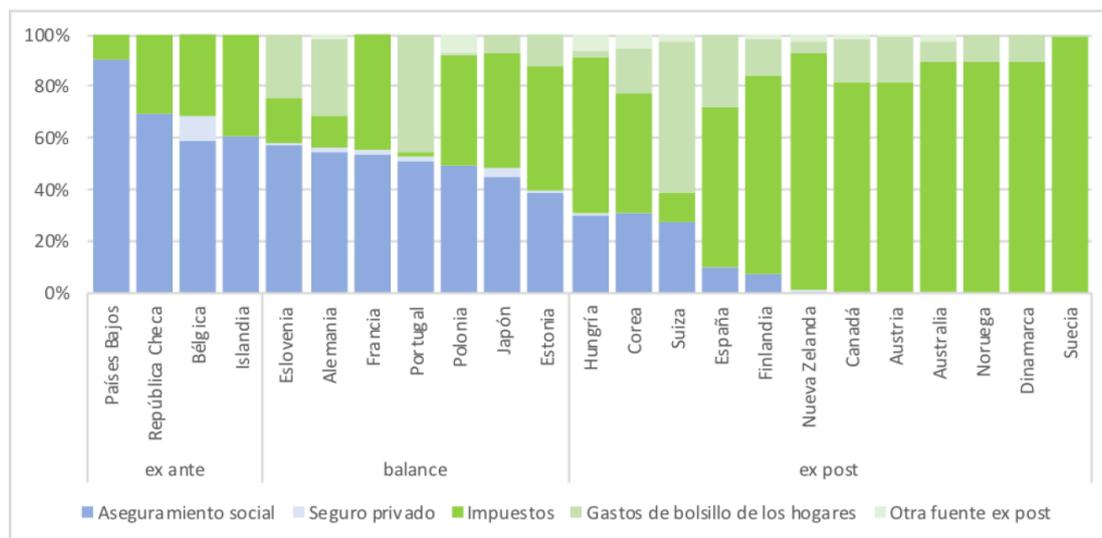
¹⁷ Medellín, N., Ibararán, P., Matus, M., Stampini, M. (2018), op. cit.

Fuente de financiamiento		Aplicación a gastos por cuidados de larga duración
Ex ante	Aseguramiento social	Es un esquema que protege a las personas de una sociedad contra el riesgo de requerir servicios de cuidado, a partir de una contribución obligatoria a un fondo común impuesta por el gobierno. El ejemplo de aseguramiento social más común es una contribución obligatoria vinculada al impuesto a la nómina.
	Aseguramiento privado	Es un contrato entre un individuo y una compañía que a cambio del pago de una prima ofrece protección contra el riesgo de dependencia.
Ex post	Impuestos	Incluye la recaudación del gobierno central y de gobiernos sub-nacionales que se destina a la producción o compra de servicios de cuidado incluyendo la entrega de transferencias a familias.
	Co-pagos	Es una aportación que debe realizar el usuario para cubrir los costos de un servicio de cuidado recibido.
	Activos personales	Se refiere a la venta de activos, notoriamente de bienes raíces, para pagar servicios de cuidado. La venta puede realizarse de manera convencional o a través de una hipoteca inversa. Un resumen del uso de activos personales para pagar cuidados en el Reino Unido se puede consultar en Center for Policy on Aging (2014).
	Ahorros personales	Incluye los ahorros de la persona con dependencia que se dedican a la compra de cuidados.
	Aportaciones familiares	Considera las aportaciones de los familiares de la persona con dependencia para comprar cuidados.

Fuente: Elaborado con base en Costa-Font, Courbage y Swartz (2015).

En los últimos años, las presiones fiscales y el aumento de demanda de servicios, algunos países han optado por introducir modalidades de seguro social (aseguramiento social) para financiar los servicios que hasta entonces se habían basado en impuestos. En general, en países seleccionados de la OCDE, las fuentes de financiamiento son híbridas, tal como da cuenta la siguiente figura¹⁸

¹⁸ Tomada de Medellín, N., Ibararán, P., Matus, M., Stampini, M. (2018), op. cit.



Nota: se refiere únicamente a los gastos clasificados por la OCDE como cuidados de larga duración vinculados a salud
Fuente: OECD Health Care Data (2011) citado por Costa Font (2015).

En **Países Bajos** el seguro obligatorio tiene un amplio alcance. Fue el primer país en introducirlo, en 1968. Se financia con un aporte del 9,65% de los salarios hasta un monto de € 33.994.¹⁹ Lo copagos financian el total de gastos en servicios en aproximadamente el 10%. Existe un centro de evaluación de necesidades. Se incluyen servicios en domicilio o en residencias.

Alemania cuenta con un esquema de seguro social obligatorio. Inicialmente se aportaba el 1,275% del salario o jubilaciones, por partes iguales entre trabajadores y empleadores. En el 2017 pasó al 2,55%. Los solteros de 23 y más años sin hijos pagan un adicional del 0,25%. El método de financiamiento de estas prestaciones fue objeto de fuertes debates en Alemania entre partidarios de un esquema de reparto y partidarios de un esquema de capitalización.²⁰ El seguro cubre atención domiciliaria y residencial.

En **Japón** las políticas de bienestar para las personas mayores comenzaron en la década de 1960. En respuesta a la creciente tasa de envejecimiento, en el año 2000 se introdujo un seguro obligatorio para mayores de 40 años de edad. Todas las personas mayores de 65 años son potenciales beneficiarios. Cubre la atención tanto domiciliaria como residencial. El seguro se

¹⁹<https://www.ssa.gov/policy/docs/progdesc/ssptw/2018-2019/europe/netherlands.pdf>.

Consultada el 30 de noviembre de 2022.

²⁰ Reinhard, Hans-Joachim (2018). Long-Term Care in Germany. In: Long-Term Care in Europe. A Juridical Approach. Ulrich Becker – Hans-Joachim Reinhard, Editors. Springer.

financia en un 50% a través de impuestos generales y en un 50% de las primas de los asegurados. La tasa de aportación se ubica en el 1,73%.²¹

En **Corea del Sur** el seguro es obligatorio desde 2008. Es parte del seguro de salud. Una proporción de las primas de este financian el seguro de cuidados de larga duración. Son elegibles las personas mayores de 65 años. Proporciona servicios de atención domiciliaria y residencial basados en una evaluación de necesidades.²²

5. Posibles lineamientos para una revisión del sistema de cuidados en Uruguay

Para hacer frente a los desafíos que se vienen, es necesario que el país refuerce su sistema de cuidados. Uno de los retos más importantes tiene que ver con la calidad de los servicios ofrecidos. Para mejorarla, invertir en la formación de los recursos humanos es fundamental. Ante la falta de mayor presupuesto, una opción podría ser abrir la posibilidad de generar cursos remotos (online). Las horas prácticas no deben obviarse, pero una modalidad mixta podría llegar a una mayor cantidad de personas simultáneamente a un costo considerablemente menor. A futuro, se podría pensar en la especialización de los recursos humanos, dependiendo del grado y tipo de dependencia a la que atiendan (por ejemplo, si es una persona con dependencia física solamente o que sufre de algún deterioro cognitivo). Esta es una demanda que se ha hecho también desde los propios asistentes personales, que ven la posibilidad de especializarse como un posible camino hacia mejores ingresos y condiciones laborales²³.

El fortalecimiento de la formación tiene que ir acompañado de mejores sistemas de evaluación y supervisión de los servicios ofrecidos, tanto a nivel

²¹ <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC6706968/>. Consultada el 30 de noviembre de 2022.

²² Hyuk Ga. Long-Term Care System in Korea. Disponible en <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7533195/> Consultada el 29 de noviembre de 2020.

²³ Rovner, H. 2015. "Sistema de cuidados en Uruguay: Estudio sobre el Programa de Asistentes Personales para Personas con Discapacidades", trabajo de consultoría CEPAL, Montevideo. Sin publicar.

institucional como en domicilio. En este último caso, deberán buscarse maneras de poder monitorear lo que pasa en el hogar, sin invadir la privacidad del mismo.

La adaptación del paquete de servicios a las necesidades específicas de las personas dependientes y su contexto, a través de lo que se conoce como un plan de cuidados individual, es otra manera de no solo aumentar la calidad de los servicios, sino también de generar potenciales ahorros de costos y así llegar a mayor cantidad de usuarios. El plan de cuidados permite no solo adaptar los servicios de cuidados otorgados a las necesidades puntuales de los usuarios y sus familias, sino que podría ser el puntapié inicial para reforzar la integración sociosanitaria, al incorporar una visión de cuidados integral de la persona dependiente (permitiendo, por ejemplo, las referencias y contrarreferencias entre el sistema de salud y el sistema de cuidados).

La elaboración de un plan de cuidados podría, además, permitir la flexibilización de las condiciones de contratación de los asistentes personales; dependiendo de las necesidades a ser cubiertas, el asistente podría contratarse por menos horas o incluso, contratarse solamente en casos puntuales.

La provisión colectiva del servicio, algo que está previsto en la ley pero que por alguna razón no ha tomado fuerza en el país, podría ser un instrumento que permita avanzar en este sentido. Por un lado, permitiría que la organización de que se trate ya fuera sociedad comercial, cooperativa de trabajadores u otra forma jurídica, asumiera los costos de eventuales despidos, evitando uno de los principales obstáculos que hoy existen al momento de finalizar una relación laboral y, por otro, permitiría, al contar con un conjunto de trabajadores, dar más flexibilidad al momento de otorgar el servicio. En la actualidad existe un plan piloto de cooperativas de asistentes personales funcionando en Salto, Tacuarembó, Paysandú, y Maldonado, mediante el cual el usuario del beneficio contrata directamente a la cooperativa para que ésta le brinde el servicio²⁴.

El sector privado también tiene un rol que cumplir ya que puede ofrecer servicios innovadores, de calidad, y accesibles. Un ejemplo muy interesante es

²⁴<https://diariocambio.com.uy/2022/09/25/en-salto-hay-16-trabajadoras-que-integran-plan-piloto-de-provision-colectiva-para-programa-asistentes-personales/>.

el de “Papa”, un *startup* de cuidados estadounidense que se ha transformado en un caso de éxito.²⁵

Por último, debe asegurarse que los servicios de cuidados estén disponibles para todos quienes lo necesiten, lo que implica un considerable aumento de cobertura poblacional. Para eso se necesitan al menos dos cosas: aumentar la cobertura de los servicios del sector público y promover la participación del sector privado en la provisión de servicios.

Adicionalmente la sostenibilidad del sistema, tanto fiscal como social, debe basarse en diversas estrategias. La creación de un seguro social de cuidados, como se mencionó en el apartado anterior, puede ser un camino, así como también lo podría ser el –de alguna manera– aumentar la cuota-parte proveniente de los copagos, tal vez generando conciencia en la sociedad del valor agregado que ofrece el contratar los servicios dentro del sistema para aquellos que no reciben subsidio.

Es posible pensar también en instrumentos que permitan rentabilizar el principal activo de buena parte de las personas mayores, la propiedad inmobiliaria, sea primera vivienda o no. En el ciclo de vida clásico, las familias adquieren activos inmobiliarios con fondos de diversa naturaleza (ahorros o créditos hipotecarios, por ejemplo) para la adquisición de la vivienda familiar y, en algunos casos, una segunda vivienda. Frecuentemente la generación que adquirió esos bienes no llega a considerarlos un activo que pueda destinarse a mejorar la seguridad económica en la vejez. Los padres ven esos bienes como parte del conjunto de activos —tangibles e intangibles— que trasladarán a sus hijos. Sin embargo, con el cambio demográfico surge la necesidad o conveniencia de rentabilizar o desprenderse, total o parcialmente, de esas inversiones inmobiliarias y destinarlas a complementar los ingresos en la vejez. Para eso siempre es posible pensar en la venta de los inmuebles y el problema se traslada a la inversión del producido. Una opción muy común es vender la propiedad comprada en tiempos de crianza de los hijos para comprar una más

²⁵ <https://www.papa.com/>. <https://www.forbes.com/sites/brucejapsen/2021/11/04/digital-healths-newest-unicorn-provides-lonely-people-with-a-family-on-demand/?sh=770fbd16149a>

pequeña e invertir el excedente. Esta alternativa, útil en muchos casos, puede no serlo en otros.

Otra alternativa muy extendida en Uruguay es la venta de la nuda propiedad, con reserva de usufructo. De esta forma, pueden contar con un ingreso adicional para hacer frente a sus gastos, sin perder el derecho a la vivienda. Es un negocio jurídico signado por su naturaleza aleatoria, en el que no existe regulación jurídica que asegure un acuerdo equitativo debido a su escasa regulación. Otro negocio jurídico, previsto en los artículos 172 a 186 del proyecto de reforma previsional remitido por el Poder Ejecutivo a la Asamblea General es la llamada “hipoteca inversa o revertida”.²⁶ Su principal característica es que la persona o pareja mayor, propietaria de un inmueble, recibe una suma de dinero mensual o no mensual, que deberán devolverla los herederos cuando fallezca el último miembro de la pareja propietaria o persona beneficiaria o, de lo contrario, la entidad financiera se cobrará ejecutando la hipoteca. El carácter de “revertida” o “inversa” radica, precisamente, en que quien podrá o deberá hacerse cargo de la deuda garantizada con hipoteca no es quien se beneficia de ese flujo de fondos o crédito, sino sus sucesores.

En todo caso, es importante recalcar que cualquier aumento del presupuesto público en servicios de cuidados debe ser visto, más que como un gasto como una inversión. En este sentido, existen múltiples investigaciones que muestran cómo la existencia de un sistema de cuidados puede reducir costos en el sistema de salud, en la forma de días de internación o ingresos a emergencia, por ejemplo. Desde otro punto de vista, la formación y contratación de nuevos recursos humanos, así como la generación de inversión del sector privado en el sector, pueden volverse una fuente de crecimiento económico importante en el país.

Según la OIT²⁷, la economía del cuidado podría generar más de 475 millones de puestos de trabajo en todo el mundo para 2030. La inversión en

²⁶https://medios.presidencia.gub.uy/legal/2022/proyectos/10/cons_min_661_disposiciones_generales.pdf.

²⁷ Global Commission on the Future of Work. ILO. Work for a brighter future, 2019. Disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---cabinet/documents/publication/wcms_662410.pdf.

cuidados satisface una necesidad social apremiante de abordar el rápido envejecimiento de la población en muchos países y abre el camino para avanzar hacia la igualdad de género. Uruguay, por su dinámica demográfica y tradición de protección social, lidera en la región, pero tiene importantes desafíos de diseño y financiamiento para mejorar la cobertura poblacional y satisfacer adecuadamente las crecientes necesidades de personas y familias en cuanto a la dependencia de cuidados de sus integrantes.

Bibliografía

- ARANCO, N. e IBARRARÁN, P. (2020). Servicios de apoyo personal para personas con dependencia funcional: Antecedentes, características y resultados. Nota Técnica IDB-TN-1884, Banco Interamericano de Desarrollo.
- ARANCO, N., STAMPINI, M. y IBARRARÁN, P. (2022). Prevalence of Care Dependence Among Older Persons in 26 Latin American and Caribbean Countries. Nota Técnica IDB-TN-2470, Banco Interamericano de Desarrollo.
- BORIS, E. (2019). *Making the Woman Worker. Precarious labor and the fight for global standards, 1919 – 2019*. Oxford University Press.
- FABIANI, B., COSTA-I-FONT, J., ARANCO, N., STAMPINI, M e IBARRARÁN, P. (2022). Opciones de financiamiento de los servicios de atención a la dependencia en América Latina y el Caribe. Nota Técnica IDB-TN-2473, Banco Interamericano de Desarrollo.
- MEDELLÍN, N., IBARRARÁN, P., MATUS, M. y STAMPINI, M. (2018). Cuatro elementos para diseñar un sistema de cuidados. Nota Técnica IDB-TN-1438, Banco Interamericano de Desarrollo.
- REINHARD, H. J. (2018). Long-Term Care in Germany, en: Long-Term Care in Europe. A Juridical Approach. Ulrich Becker – Hans-Joachim Reinhard, Editors. Springer.
- ROVNER, H. (2015). “Sistema de cuidados en Uruguay: Estudio sobre el Programa de Asistentes Personales para Personas con Discapacidades”, trabajo de consultoría CEPAL, Montevideo. Sin publicar.
- SNIC (2015). Plan Nacional de Cuidados: 2016-2020.
- SNIC (2020). *La construcción del cuarto pilar de protección social en Uruguay. Balance y desafíos 2015-2020*. Memoria quinquenal. Sistema de Cuidados.

Recursos electrónicos

- ARANCO, N., BOSCH, M., STAMPINI, M., AZUARA, O., GOYENECHÉ, L., IBARRARÁN, P., OLIVEIRA, D., REYES, M., SAVEDOFF, W. y TORRES, E. (2022). *Envejecer en América Latina y el Caribe: protección social y*

calidad de vida de las personas mayores. Banco Interamericano de Desarrollo. Disponible en

<https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Envejecer-en-America-Latina-y-el-Caribe-proteccion-social-y-calidad-de-vida-de-las-personas-mayores.pdf>.

GA, H. (2020). Long-Term Care System in Korea. Disponible en <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7533195/>.

GLOBAL COMMISSION ON THE FUTURE OF WORK, ILO (2019). Work for a brighter future. Disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---cabinet/documents/publication/wcms_662410.pdf.

KLUVER, C., NUÑEZ, I. y BELLOMO, F. (2020). Características de los hogares con personas mayores. Disponible en <https://cess.gub.uy/sites/default/files/2021-01/Caracter%C3%ADsticas%20de%20los%20hogares%20con%20personas%20mayores.pdf>.

PUGLIESE, L. y NARANJA, M. (2012). Jubilación Parcial Análisis descriptivo de algunos países Europeos, Asesoría en Políticas de Seguridad Social Asesoría General en Seguridad Social. Comentarios de Seguridad Social N° 36, abr-jun/2012. Disponible en <https://www.bps.gub.uy/bps/file/1408/1/jubilacion-parcial.analisis-descriptivo.-pugliese-y-naranja.-marzo-2012.pdf>.

**TRABAJO DE CUIDADOS. BREVE CATÁLOGO DE
PERPLEJIDADES**

CARE WORK. BRIEF CATALOGUE OF PERPLEXITIES

César Augusto CARBALLO MENA

*Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas
Venezuela. Doctor en Derecho. Individuo de número de la Academia de Ciencias Políticas y
Sociales, Venezuela.*

carballomena@gmail.com

Fecha de envío: 06/12/2022

Fecha de aceptación: 10/12/2022

TRABAJO DE CUIDADOS. BREVE CATÁLOGO DE PERPLEJIDADES

César Augusto CARBALLO MENA

Universidad Católica Andrés Bello (Venezuela)

Resumen: El presente ensayo ofrece, desde una perspectiva jurídica, algunas consideraciones sobre el trabajo de cuidados. En particular, se aborda lo concerniente a su compleja delimitación, su importancia, sus categorías más trascendentes, y las reflexiones que debería propiciar para desmontar desigualdades e inequidades.

Palabras clave: Trabajo decente - Cuidado de personas - Desigualdad

Sumario: 1. ¿Qué clase de trabajo es el trabajo de cuidados? 2. ¿Qué particular interés reviste el trabajo de cuidados? 3. ¿Cómo clasificar al trabajo de cuidados? 4. ¿Qué reflexión debería propiciar el trabajo de cuidados?

Abstract: This essay offers, from a legal perspective, some considerations on care work. In particular, it alludes to its complex delimitation, its importance, its most significant categories (paid - unpaid), and the reflections that it should arouse to dismantle inequalities and inequities.

Key words: Decent work - People care - Inequality

Summary: 1. What kind of work is care work? 2. What particular interest is care work? 3. How to classify care work? 4. What reflection should foster care work?

"...nacemos y permanecemos desvalidos durante mucho tiempo, pero lo hacemos en un ambiente favorable y protector. Se establecen vínculos complejos con individuos que ni siquiera pertenecen a nuestro grupo familiar y que son sin embargo fundamentales para la supervivencia del individuo y por lo tanto de la especie"

María Martín

1. ¿Qué clase de trabajo es el trabajo de cuidados?*

La noción *trabajo de cuidados* parece abarcar una multiplicidad de actividades disímiles, remuneradas o no, ejercidas bajo dependencia o en condiciones de autonomía, e incluso algunas sometidas a regímenes laborales especiales, como los del trabajo doméstico¹ y de enfermería².

En definitiva, estamos en presencia de un sintagma poliédrico y de contornos porosos:

“La categoría de cuidado incluye las actividades indispensables para satisfacer las necesidades básicas de la existencia y reproducción de las personas, garantizando los elementos materiales y simbólicos que posibilitan vivir en sociedad. El cuidado incluye varias dimensiones como el autocuidado; el cuidado directo de otras personas, en tanto relación interpersonal de cuidado; la provisión de condiciones para que se realice el cuidado como la limpieza del hogar y la compra y preparación de alimentos; y [...] la gestión del cuidado que incluye la coordinación de horarios y supervisión de tareas de cuidado”³.

* En el presente ensayo, para evitar la sobrecarga gráfica, opté por utilizar el clásico masculino genérico, en el entendido que todas las referencias, salvo que de su contexto se desprenda la intención contraria, refieren por igual a mujeres y hombres, sin distinción alguna.

¹ Objeto de regulación por parte del Convenio sobre el trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos, 2011 (núm. 189) y la Recomendación con idéntico título y mismo año de adopción (núm. 201).

² Objeto de regulación por parte del Convenio sobre el personal de enfermería, 1977 (núm. 149) y la Recomendación con idéntico título y mismo año de adopción (núm. 157).

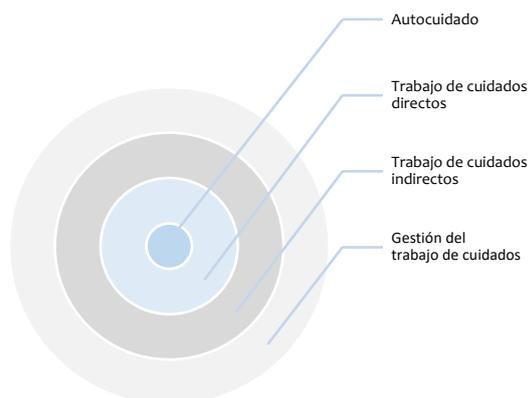
³ Yanina Ceminari y Alicia Stolkiner, *El cuidado social y la organización social del cuidado como categorías claves para el análisis de políticas públicas*, X Congreso Internacional de Investigación y Práctica Profesional en Psicología, XXV Jornadas de Investigación, XIV Encuentro de Investigadores en Psicología del MERCOSUR, Facultad de Psicología - Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2018, p. 38. Recuperado de: <https://www.aacademica.org/000-122/142>.

En sentido análogo, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) entiende que el trabajo de cuidados abarca aquellas “actividades y relaciones que conlleva atender las necesidades físicas, psicológicas y emocionales de adultos y niños, mayores y jóvenes, personas frágiles y personas sanas”⁴.

Como se desgaja de los párrafos precedentes, el trabajo de cuidados refiere a la atención integral de los individuos, en sus planos físico, psíquico y moral, al margen de su edad o estado de salud. De tal suerte que incluye icónicamente los servicios de alimentación, salud, higiene y educación de personas desvalidas como niños, ancianos, enfermos, o individuos con severas discapacidades, pero también aquellos que se limiten a asegurar mayor confort, incluso lujo, a personas adultas y sanas, como podrían ser aquellos prestados por mayordomos, amas de llave, o asistentes personales.

De otra parte, en cuanto a la naturaleza de la interacción con el beneficiario de los cuidados, cabría delinear un modelo de círculos concéntricos en cuyo núcleo se ubica el *autocuidado*, es decir, el cúmulo de actividades que los individuos despliegan para satisfacer sus propias necesidades básicas; circundado por el *trabajo de cuidados directos* de otras personas, esto es, la interrelación entre el trabajador del cuidado y el receptor de su asistencia; rodeado a su vez por el *trabajo de cuidados indirectos* a otras personas, concebido como aquel dirigido a proveer las condiciones “para que se realice el cuidado”, sin interacción directa con el sujeto asistido; y finalmente, en el círculo más externo, el *trabajo de gestión de cuidados*, o sea aquel que pretende asegurar que otros ejecuten oportuna y/o adecuadamente dichas actividades.

⁴ OIT, *El trabajo de cuidados y los trabajadores del cuidado para un futuro con trabajo decente*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2019, p. 6.



Como se observa, lo típico resulta que todos los seres humanos ejecuten, a lo largo de su vida, actividades de cuidado tanto personal como en beneficio de terceros, por lo general miembros de su núcleo familiar o comunitario. Lo realmente trascendente, desde la perspectiva *ius laboral* con que este ensayo aborda el tema, atañe a los casos en que los servicios de cuidado se prestan a cambio de retribución, en el ámbito de una relación de trabajo o en condiciones de independencia, o cuando sin percibir retribución ocupen tal cantidad de tiempo que impidan o dificulten en alto grado la inserción del prestador de servicios en el mercado de trabajo⁵. Es en este último segmento, que podríamos denominar tentativamente *trabajo de cuidados principal y no remunerado*, donde se ubican discriminaciones interseccionales⁶ -prestado fundamentalmente por mujeres⁷ y niñas pobres, muchas de ellas migrantes- que claman por una respuesta jurídica que materialice la idea de que el trabajo no es mercancía y

⁵ “Las estimaciones basadas en datos de encuestas sobre uso del tiempo llevadas a cabo en 64 países (que representan el 66,9 por ciento de la población mundial en edad de trabajar), muestran que cada día se dedican 16.400 millones de horas al trabajo de cuidados no remunerado. Esto corresponde a 2.000 millones de personas trabajando ocho horas por día sin recibir una remuneración a cambio.” OIT, *El trabajo de cuidados...*, ob.cit., p. xxviii.

⁶ “Entiendo la interseccionalidad como la confluencia respecto de una misma persona o grupo de personas de la violación de diferentes tipos de derechos y como víctimas de discriminación. La confluencia de múltiples discriminaciones a mi entender potencia el efecto devastador a la dignidad humana de las personas que las sufren y provoca violación de derechos más intensa y diversa que cuando las mismas se configuran respecto de un solo derecho.” Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 15 de julio de 2020, caso *Empleados de la fábrica de fuegos en Santo Antônio de Jesus y sus familiares vs. Brasil*, voto Concurrente del Juez Ricardo C. Pérez Manrique, párr. 22.

⁷ “A escala mundial, sin excepción, las mujeres realizan el grueso del trabajo de cuidados no remunerado, a saber, el 76,2 por ciento del total de horas dedicadas al mismo.” OIT, *El trabajo de cuidados...*, ob.cit., p. xxix.

que, por tanto, merece íntegra tutela la dignidad de quien lo presta al margen del *mercado de trabajo*.

No puede concebirse paradoja igual: la inmensa mayoría de quienes cuidan de nuestros niños, ancianos y enfermos⁸, y que, por tanto, preservan nuestra especie y reivindican el estatus moral que nos diferencia del resto de los animales, carece de protección adecuada, y se mantiene en gran medida invisibilizada e infravalorada, como una suerte de detritus del proceso global de generación de riqueza⁹.

2. ¿Qué particular interés reviste el trabajo de cuidados?

Si se repara en el polimorfismo del trabajo de cuidados y en la especial regulación que han merecido algunas de sus modalidades más icónicas¹⁰, cabría preguntarse por qué ha provocado un intenso debate, a nivel global, en los últimos años.

Por ejemplo, la Asamblea de la Organización de Naciones Unidas (ONU) adoptó el 25 de septiembre de 2015 la Resolución *Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*¹¹, que incluye -entre los diecisiete Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS)- el imperativo de *lograr la igualdad entre los géneros y empoderar a todas las mujeres y las niñas* (ODS 5). A estos fines, se trazó como meta “reconocer y valorar los cuidados y el trabajo doméstico no remunerados mediante servicios públicos, infraestructuras y políticas de protección social, y promoviendo la responsabilidad compartida en el hogar y la familia, según proceda en cada país” (meta 5.4)¹². El vínculo trabado

⁸ *Ibidem*, pp. xxvii y xxx.

⁹ “La corriente principal de la economía ha invisibilizado la relevancia del trabajo de cuidados en la provisión de bienestar social. Asimismo, el sistema económico descansa en gran medida sobre esferas que la economía ortodoxa ha considerado tradicionalmente actividades no económicas, como la economía del cuidado y la conservación del ambiente, y que ha ubicado en un lugar secundario o, en el mejor de los casos, subsidiario respecto de las principales actividades económicas.” Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), *Panorama Social de América Latina, 2021*, ONU, Santiago, 2022, p. 211.

¹⁰ Me refiero, por ejemplo, a los cuarenta y cinco años que han transcurrido desde la adopción del Convenio sobre el personal de enfermería, 1977 (núm. 149) y la Recomendación con idéntico título y mismo año de adopción (núm. 157).

¹¹ Recuperado de: https://unctad.org/system/files/official-document/ares70d1_es.pdf.

¹² Recuperado de: <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/gender-equality/>.

entre el ODS 5 y la meta 5.4 (*reconocer y valorar los cuidados y el trabajo doméstico no remunerados*), se justifica por la alta participación de las mujeres en dichas actividades:

Los “estereotipos de género del trabajo de cuidados no remunerado, y la asociación del cuidado con las inclinaciones «naturales» y aptitudes «innatas» de las mujeres, en lugar de con competencias adquiridas a través de la educación formal o la formación, subyacen al alto nivel de feminización del empleo de cuidados”¹³.

“[L]a concepción social de las relaciones familiares -formadas bajo un *modelo discriminatorio*- que asignan mayoritariamente la responsabilidad del cuidado de la familia a las *mujeres*, limitando sus oportunidades para incursionar en el mercado laboral, ha determinado una falta de igualdad y de distribución desequilibrada del trabajo remunerado y no remunerado entre la mujer y el hombre”¹⁴.

“Un corolario del *modelo de familia discriminatorio* existente, en donde se le asigna el *rol de cuidado* de la familia y el trabajo doméstico mayormente a la mujer, es que un número significativo de mujeres se desempeñan en un sector de trabajo que *no es remunerado y cuyo valor económico no se contabiliza...*”¹⁵.

En el ámbito de la OIT, la *iniciativa para el centenario relativa a las mujeres en el trabajo* tuvo por objetivo fundamental “comprender mejor, y abordar, los motivos por los cuales han sido tan lentos los progresos en hacer realidad el *trabajo decente* para las mujeres, y qué es necesario hacer a fin de garantizar un futuro mejor para las mujeres en el trabajo”¹⁶. En dicho contexto, se abordó lo concerniente a la “distribución desigual del trabajo de cuidado y su subvaloración”¹⁷, tal como quedó plasmado en el minucioso informe -

¹³ OIT, *El trabajo de cuidados y los trabajadores...*, ob.cit. p. 8.

¹⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre los Derechos de las Mujeres en Chile: La Igualdad en la Familia, el Trabajo y la Política*, OEA/Ser.L/V.II.134, 27 de marzo de 2009, párr. 135. Recuperado de: <http://www.cidh.oas.org/countryrep/ChileMujer2009sp/Chilemujer09indice.sp.htm>.

¹⁵ CEPAL, *X Conferencia Regional sobre la Mujer, El Aporte de las Mujeres a la Igualdad en América Latina y el Caribe*, ONU, 2007, págs. 61-62. Recuperado de: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/2855/1/S3282007_es.pdf.

¹⁶ Recuperado de: https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/history/centenary/WCMS_502362/lang--es/index.htm.

¹⁷ Ídem.

reiteradamente citado en el presente ensayo- intitolado *El trabajo de cuidados y los trabajadores del cuidado para un futuro con trabajo decente*¹⁸.

En reflejo de lo anterior, la Declaración del Centenario de la OIT para el Futuro del Trabajo, adoptada el 21 de junio de 2019, dispone que dicha organización debe orientar sus esfuerzos -entre otros objetivos- a “lograr la igualdad de género en el trabajo mediante un programa transformador [...] que [...] promueva la inversión en la *economía del cuidado*” (II.A.vii).

La aludida preocupación aparece también reflejada en el reciente constitucionalismo latinoamericano:

“Se reconocen todas las modalidades de trabajo, en relación de dependencia o autónomas, con inclusión de labores de autosustento y cuidado humano; y como actores sociales productivos, a todas las trabajadoras y trabajadores” (Constitución de la República del Ecuador de 2009, art. 325¹⁹).

“El Estado reconoce que los trabajos domésticos y de cuidados son trabajos socialmente necesarios e indispensables para la sostenibilidad de la vida y el desarrollo de la sociedad. Constituyen una actividad económica que contribuye a las cuentas nacionales y deben ser considerados en la formulación y ejecución de las políticas públicas” (Propuesta de Constitución Política de la República de Chile de 2022 art. 49.1²⁰).

Atendiendo a lo expuesto en los párrafos precedentes, parecen ser tres los principales motivos que justifican, con mucho, la creciente centralidad del trabajo de cuidados:

(i) Resulta fundamental “para la reproducción de la fuerza de trabajo futura, para la salud y la educación de la fuerza de trabajo actual y para el cuidado de un número creciente de personas mayores”²¹, tal como puso en evidencia -dramática y globalmente- la pandemia de la COVID-19.

¹⁸ OIT, *El trabajo de cuidados y los trabajadores...*, ob.cit.

¹⁹ Podrían referirse como precedentes latinoamericanos, los arts. 88 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 (“El Estado reconocerá el *trabajo del hogar* como actividad económica que crea valor agregado y produce riqueza y bienestar social. Las *amas de casa* tienen derecho a la seguridad social de conformidad con la ley”); y 338 de la Constitución Política del Estado de Bolivia de 2009 (“El Estado reconoce el valor económico del *trabajo del hogar* como fuente de riqueza y deberá cuantificarse en las cuentas públicas”).

²⁰ Presentada oficialmente el 4 de julio de 2022 y rechazada plebiscitariamente el 4 de septiembre del mismo año.

²¹ OIT, *El trabajo de cuidados y los trabajadores...*, ob.cit., p. 1.

Como *ciegos que, viendo, no ven*²², hemos invisibilizado la manifiesta fragilidad de nuestra especie:

El homo sapiens es una especie que nace “muy inmadura, y ese grado de inmadurez se prolonga durante muchos años, durante la niñez, una etapa única y exclusiva de nuestra especie que permite prolongar el tiempo de aprendizaje y que el cerebro siga creciendo fuera del vientre materno. [...Esa fragilidad individual] se compensa por la fortaleza de la comunidad”²³.

(ii) Muy probablemente seguirá siendo una “importante fuente de empleo en el futuro”²⁴, erigiéndose en una especie de *último reducto humano* frente a la vertiginosa automatización del trabajo²⁵:

“Es probable que la industria de los cuidados a personas [...] siga siendo un bastión humano durante mucho tiempo. De hecho, dado que las personas viven más y tienen menos hijos, el cuidado de los ancianos será probablemente uno de los sectores del mercado de trabajo humano que más deprisa crezcan”²⁶.

“En 2015, había 2100 millones de personas necesitadas de cuidados (1900 millones de niñas y niños menores de 15 años de edad, de los cuales 800 millones eran menores de 6 años, y 200 millones de personas mayores que habían alcanzado o superado la esperanza de vida sana). De aquí a 2030, se prevé que el número de receptores de cuidados ascenderá a 2300 millones, lo que estará impulsado por 100 millones más de personas mayores y por 100 millones más de niñas y niños de edades comprendidas entre los 6 y los 14 años”²⁷.

²² José Saramago, *Ensayo sobre la ceguera*, Santillana, 11ª edición, Madrid, 2002, p. 439.

²³ María Martín Torres, *Homo sapiens es una especie que no ha nacido para estar sola*, La voz de Galicia (nota de prensa firmada por Fina Ulloa), 7 de mayo de 2015. Recuperado de: https://www.lavozdegalicia.es/noticia/ourense/2015/05/07/homo-sapiens-especie-nacido-estar-sola/0003_20150507C2994.htm.

²⁴ OIT, *El trabajo de cuidados y los trabajadores...*, ob.cit., p. 1

²⁵ En la actualidad, la fuerza de trabajo (remunerado) de los cuidados en el mundo asciende a 381 millones de trabajadoras (65,3%) y trabajadores (34,7%), lo cual representa el 11,5% del empleo total mundial. *Ibidem*, p. 165. A esta cifra habría que agregarle lo correspondiente al *trabajo de cuidados no remunerados* -que incluye el trabajo doméstico (81,8%), los cuidados a miembros del hogar (13%), y el trabajo voluntario (5,2%)-; el cual representa 16.400 millones de horas por día, esto es, el equivalente al trabajo sin remunerar a tiempo completo -es decir, 40 horas semanales- de 2000 millones de personas. *Ibidem*, p. 43.

²⁶ Yuval Noah Harari, *21 lecciones para el siglo XXI*, Debate, Barcelona, 2018, p. 47.

²⁷ OIT, *El trabajo de cuidados y los trabajadores...*, ob.cit., p. 21.

“De aquí a 2030, la OIT estima que la *mejor vía*²⁸ hacia el trabajo de cuidados tiene el potencial de crear 475 millones de empleos en los ámbitos de la educación, la salud y el trabajo social e, indirectamente, en otros sectores como consecuencia del aumento del gasto sectorial. Esto representa 117 millones más de empleos decentes que los que se crearían si persistieran los niveles de cobertura y las condiciones de trabajo actuales de los trabajadores y trabajadoras del cuidado”²⁹.

(iii) Al mismo tiempo, el trabajo de cuidados refleja un modelo económico y social discriminatorio, toda vez que -en términos generales- es infravalorado, en su mayor proporción no remunerado, y prestado básicamente por mujeres (76,2% del trabajo de cuidados no remunerado y 65% de la fuerza de trabajo dedicada a la prestación de cuidados³⁰), pobres, migrantes³¹, rurales, indígenas o afrodescendientes³²⁻³³. A título de ejemplo, de los 14,8 millones de personas que -en 2019- se desempeñaban como trabajadores domésticos en América Latina y El Caribe, el 91,1% eran mujeres³⁴.

Atendiendo al modelo discriminatorio descrito, el Convenio sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, 1981 (núm. 156)³⁵ promueve “la igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras”, incluyendo medidas destinadas a “permitir que las personas con

²⁸ Ampliar la protección laboral y social, promover la profesionalización evitando al mismo tiempo la erosión de las competencias profesionales, asegurar la representación y la negociación colectiva, y evitar estrategias de ahorro de costos en los sectores del cuidado, tanto públicos como privados. *Ibidem*, p. xl.

²⁹ *Ibidem*, p. 2.

³⁰ “La fuerza de trabajo masculina mundial dedicada a la prestación de cuidados representa el 6,6 por ciento del empleo masculino mundial, mientras que el porcentaje equivalente para las mujeres es casi tres veces superior, al situarse en el 19,3 por ciento”. *Ibidem*, p. 8.

³¹ “Más de un tercio (35,3%) de las trabajadoras migrantes en la región [-América Latina y El Caribe-] están ocupadas en el trabajo doméstico remunerado.” OIT, *Acceso de las personas trabajadoras domésticas remuneradas a la seguridad social en Iberoamérica*, ONU Mujeres, OISS y OIT, julio 2022, p. 20. Recuperado de: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_861167.pdf.

³² “...el peso del trabajo doméstico remunerado en las mujeres ocupadas afrodescendientes en América Latina y el Caribe es del 17,3%, siendo esta cifra más del doble que la de las mujeres no afrodescendientes (8,5%) ocupadas en este sector.” *Ibidem*, p. 17.

³³ *Ibidem*, pp. 66 y 99.

³⁴ *Ibidem*, pp. 8 y 15.

³⁵ Este Convenio ha merecido 45 ratificaciones, de las cuales 13 corresponden a países iberoamericanos (28,88%): Argentina, Bolivia, Chile, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, España, Guatemala, Paraguay, Perú, Portugal, Uruguay, y Venezuela. Recuperado de: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312301.

responsabilidades familiares que desempeñen o deseen desempeñar un empleo ejerzan su derecho a hacerlo sin ser objeto de discriminación y, en la medida de lo posible, sin conflicto entre sus responsabilidades familiares y profesionales” (art. 3.1). A tales fines, deberán desarrollarse o promoverse “servicios comunitarios, públicos o privados, tales como los servicios y medios de asistencia a la infancia y de asistencia familiar” (art. 5.b); y “promover mediante la información y la educación una mejor comprensión por parte del público del principio de la igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras y acerca de los problemas de los trabajadores con responsabilidades familiares, así como una corriente de opinión favorable a la solución de esos problemas” (art. 6).

Así visto, el tema trasluce un embarazo global: aunque siempre se ha reconocido la importancia trascendental de los servicios de cuidado para la preservación de la especie, es ahora cuando, más allá de retóricas, el tema ha escalado la agenda pública. La población envejecida, en proporción inédita, exige servicios de cuidado -perennes y de calidad- que desbordan las capacidades familiares y las opciones gubernamentales. Ya no es posible seguir invisibilizando la privatización, infravaloración y discriminación que imperan en este ámbito. Corresponde, entonces, adoptar medidas idóneas para asegurar un *trabajo decente* a los prestadores de servicios de cuidado, independientemente de que sean -o no- remunerados, o de que se verifiquen -o no- en el ámbito de una relación de trabajo.

No deja de sorprender que haya sido apenas en 2013 cuando se adoptó, en la esfera de la 19ª Conferencia Internacional de Estadísticos del Trabajo, una definición de *trabajo* que, deslastrándose del prurito mercantilista según el cual solo se reconoce como tal aquel que se inserta en el mercado de trabajo, abarcase también el *trabajo de cuidados principal y no remunerado*: “Por trabajo se entienden, pues, todas las actividades realizadas por personas con el fin de producir bienes o servicios para el consumo de otros o el autoconsumo”³⁶.

³⁶ OIT, *Informe II. Estadísticas sobre trabajo, empleo y subutilización de la fuerza de trabajo: Informe para la discusión en la 19.ª Conferencia Internacional de Estadísticos del Trabajo (Ginebra, 2 a 11 de octubre de 2013)*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2013, párr. 89,

Reconocido como *trabajo*, no cabe duda alguna que los servicios de cuidados no remunerados deben prestarse en condiciones *decentes*, como postulan la Declaración de la OIT sobre la Justicia Social para una Globalización Equitativa (2008, actualizada en 2022) y el ODS 8 (ONU, 2015). Ese es el objetivo que reclama atención global, urgente y sincera.

3. ¿Cómo clasificar al trabajo de cuidados?

Desde la perspectiva que afronta el presente ensayo, la clasificación más relevante que cabe ofrecer del -poliédrico- *trabajo de cuidados* atiende a su carácter *remunerado* o *no remunerado*. La razón quizá sea obvia: este, al no reflejar el *intercambio de trabajo por remuneración*, queda -en la órbita de los ordenamientos jurídicos iberoamericanos- excluido del ámbito de la *relación de trabajo* y, por ende, potencialmente desprotegido³⁷.

En efecto, los ordenamientos jurídicos latinoamericanos, en general, conciben la *relación de trabajo* como el vínculo trabado entre una persona natural, denominada *trabajador*, y otra, natural o jurídica, típicamente calificada como *empleador* o *patrono*, a quien aquélla proporciona su esfuerzo personal, en condiciones de subordinación y/o dependencia, a cambio de una *remuneración*³⁸. Por su parte, las legislaciones de España y Portugal, además

p. 25. Recuperado de: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---stat/documents/publication/wcms_220537.pdf.

³⁷ “La informalidad es otra faceta de la calidad del empleo de las cuidadoras no remuneradas. Algunas pueden decidir (o verse obligadas) a trabajar en la economía informal o en empleos atípicos como estrategia de último recurso para conciliar la vida laboral y familiar. Tales trabajos tienen muchos lados oscuros, como la exposición a riesgos profesionales no cubiertos por sistemas de protección social como la indemnización por accidentes en el trabajo, pero al menos permite disponer de más flexibilidad en cuanto al número de horas trabajadas y la localización de la actividad.” OIT, *El trabajo de cuidados y los trabajadores...*, ob.cit., p. 94. En consideración a lo antes expuesto, la Recomendación sobre la transición de la economía informal a la economía formal, 2015 (núm. 204), dispone el deber de “establecer mecanismos apropiados, o revisar los mecanismos existentes, que permitan asegurar el cumplimiento de la legislación nacional, inclusive, entre otros aspectos, asegurando el reconocimiento y el cumplimiento de las relaciones de trabajo, con objeto de facilitar la transición a la economía formal” (párr. 26).

³⁸ Arts. 22 de la Ley de Contrato de Trabajo 20.744 (Argentina), 1 del Decreto Supremo 23570 (Bolivia), 3 de la Consolidación de las Leyes del Trabajo (Brasil), 7 del Código del Trabajo (Chile), 22.1 del Código Sustantivo del Trabajo (Colombia), 18 del Código de Trabajo (Costa Rica), 9.a del Código de Trabajo (Cuba), 8 del Código del Trabajo (Ecuador), 17 del Código de Trabajo (El Salvador), 18 del Código de Trabajo (Guatemala), 19 del Código del Trabajo (Honduras), 20 de la Ley Federal del Trabajo (México), 19 del Código del Trabajo (Nicaragua), 62 del Código de Trabajo (Panamá), 18 del Código del Trabajo (Paraguay), 4 de la Ley de Productividad y

del apuntado *carácter personal del servicio, su ejecución bajo la dirección -o autoridad- del empleador, y su naturaleza onerosa*, denotan su realización *por cuenta ajena*³⁹.

En estos términos, la enervación del componente remuneratorio, en el ámbito de servicios de cuidados prestados por motivos familiares, altruistas, religiosos, comunitarios, ideológicos, u otros análogos⁴⁰, desvirtuaría la existencia de una *relación de trabajo*.

Al respecto, algunas pocas y breves precisiones:

(i) El hecho de que el trabajo de cuidados no remunerado quedase fuera de los pódicos de las legislaciones del trabajo, por la razón antes indicada, no supone negar el estatus de *trabajadores* a quienes presten dichos servicios. Habría de considerarlos, en todo caso, *trabajadores fuera del ámbito de una relación de trabajo*; correspondiendo, por tanto, adoptar medidas idóneas para asegurarles un *trabajo decente*⁴¹, esto es, empleo productivo que genere un ingreso justo, protección social, derechos fundamentales (libertad sindical y negociación colectiva, igualdad de oportunidades y de trato, seguridad y salud en el lugar de trabajo, prohibición del trabajo forzoso, y prohibición de trabajo infantil), y diálogo social. Una conclusión análoga arrojaría una mirada desde la perspectiva de los derechos humanos laborales⁴².

Competitividad Laboral (Perú), 2.1 de la Ley de Transformación y Flexibilidad Laboral (Puerto Rico), 1 del Código de Trabajo (República Dominicana), y 55 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras (Venezuela).

³⁹ Arts. 1.1 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (España) y 11° del Código de Trabajo (Portugal).

⁴⁰ En este sentido, el art. 29 del Código del Trabajo (Paraguay) excluye de su ámbito personal de validez a los trabajos de carácter familiar (“en los que solamente estén ocupadas personas de la familia o por ella aceptadas, bajo la protección de uno de sus miembros, siempre que los que trabajan no sean asalariados”), y a los “servicios amistosos y de buena vecindad” ejecutados ocasionalmente. En términos análogo, el art. 53 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras (Venezuela) excluye de la presunción de laboralidad a aquellos servicios ejecutados “por razones de orden ético o de interés social” en beneficio de la “sociedad” o de “instituciones sin fines de lucro”.

⁴¹ El “marco de la triple «R» –reconocer, reducir y redistribuir el trabajo de cuidados– y el Programa de Trabajo Decente confluyen para definir «la mejor vía» hacia el trabajo de cuidados decente [...Dicho objetivo] debe apoyarse en medidas transformadoras en cinco ámbitos de política principales: políticas de cuidado, macroeconómicas, de protección social, laborales y migratorias.” OIT, *El trabajo de cuidados y los trabajadores...*, ob.cit., p. xliii.

⁴² Ver, por ejemplo, César Arese, *Derechos Humanos Laborales. Teoría y práctica de un nuevo Derecho del Trabajo*, Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 2015.

(ii) En relevante proporción, el trabajo de cuidados no remunerado es prestado por razones de subsistencia, esto es, por personas -generalmente mujeres- que cuidan a miembros de su familia para asegurar que otros integrantes de la misma -mayoritariamente hombres- puedan prestar servicios remunerados que permitan satisfacer las necesidades básicas del grupo familiar. Esta circunstancia pone en evidencia el -ya referido- sesgo de género respecto del prestador arquetípico de servicio de cuidados, el déficit de infraestructura pública de cuidado⁴³, y la excesiva onerosidad de la alternativa privada.

(iii) Entre el *trabajo de cuidados no remunerado* y el *trabajo de cuidados remunerado* se ha trabado un vínculo pernicioso de influencias mutuas:

De un lado, la “cantidad desigual, y a menudo considerable, de trabajo de cuidados no remunerado realizado fundamentalmente por las mujeres y las niñas provenientes de grupos socialmente desfavorecidos limita tanto su disponibilidad para un empleo remunerado como el tipo y la calidad de los empleos a los que pueden acceder [...Esta circunstancia] crea brechas de género en los ahorros y los activos, impone más restricciones al poder de toma de decisiones de las mujeres en el hogar, limita el acceso de estas últimas a la protección social (incluidas las pensiones de vejez) y, en última instancia, limita su goce general de los derechos humanos. Además, el trabajo de cuidados no remunerado reduce la capacidad de las mujeres y de otros proveedores de cuidados no remunerados para ejercer su «voz» en los procesos de toma de decisiones, y limita su acceso a los mecanismos existentes y potenciales de representación y a los procesos de acción colectiva”.

Del otro lado, la “infravaloración del trabajo de cuidados no remunerado conduce asimismo a unos salarios más bajos y a un deterioro de las condiciones de trabajo en los sectores del cuidado, en los que las mujeres están excesivamente representadas. Los propios trabajadores y

⁴³ “A fin de crear un círculo virtuoso de trabajo decente para todos, es imperativo seguir la mejor vía hacia el trabajo de cuidados, basada en la justicia social. Dicha vía se asienta en el reconocimiento de que los Estados Miembros de la OIT deben ser «Estados que cuiden» y de que el mundo del trabajo debe convertirse en un «mundo del trabajo que cuide», en consonancia con las aspiraciones de las personas.” OIT, *El trabajo de cuidados y los trabajadores...*, ob.cit., p. 2.

trabajadoras del cuidado tienen necesidades de cuidado que a menudo no se atienden, debido a sus bajos salarios y a sus largas jornadas laborales”⁴⁴.

Por último, en lo que atañe específicamente al *trabajo de cuidados remunerado*, cabe destacar que este podrá ejercerse en condiciones de autonomía o por cuenta propia, o en el ámbito de una relación de trabajo, reconocida así por los sujetos involucrados o *encubierta* tras la apariencia de un falso vínculo civil o mercantil⁴⁵.

En términos generales, el eventual encubrimiento de la relación de trabajo devendría enervado con la conjunción de tres mecanismos típicos de los ordenamientos jurídicos laborales: análisis desde la perspectiva de la primacía de la realidad sobre las formas o apariencias⁴⁶, presunción de la existencia de la relación de trabajo a partir de uno o varios indicios⁴⁷, e irrenunciabilidad de los derechos y garantías que el ordenamiento jurídico reconozca al trabajador⁴⁸.

Al margen de las prácticas de encubrimiento de la relación de trabajo y simulación de modalidades civiles o mercantiles de prestación personal de servicios, luce de interés -aunque su análisis detallado desbordaría los límites del presente ensayo- mencionar la dificultad que pudiese entrañar la determinación de la persona que ostenta la condición de *empleador* o *patrono* en el supuesto particular del *trabajo doméstico*, toda vez que el poder de organización, dirección y disciplina suele aparecer compartido entre diversos integrantes de un mismo núcleo familiar. En tal circunstancia, atendiendo a la brújula del principio de primacía de la realidad sobre las formas o apariencias, cabría reconocer el estatus de empleador a cualquiera de las diversas personas

⁴⁴ *Ibidem*, pp. 10 y 11.

⁴⁵ En este sentido, la Recomendación sobre la relación de trabajo, 2006 (núm. 198) advierte que la “política nacional de protección de los trabajadores vinculados por una relación de trabajo no debería interferir en las *verdaderas* relaciones civiles y comerciales, velando al mismo tiempo por que las personas vinculadas por una relación de trabajo disfruten de la protección a que tienen derecho” (párr. 8).

⁴⁶ Recomendación sobre la relación de trabajo, 2006 (núm. 198): “la existencia de una relación de trabajo debería determinarse principalmente de acuerdo con los *hechos* relativos a la ejecución del trabajo y la remuneración del trabajador, sin perjuicio de la manera en que se caracterice la relación en cualquier arreglo contrario, ya sea de carácter contractual o de otra naturaleza, convenido por las partes” (párr. 9).

⁴⁷ *Ibidem*, párr. 11.b.

⁴⁸ Como consagró el arts. 123 de la Constitución mexicana de Querétaro (1917) y que se asocia al carácter de orden público que revisten las normas que regulan dicho vínculo, atendiendo al asimétrico poder de negociación que exhiben los sujetos de la relación de trabajo.

que efectivamente desplieguen ante el trabajador los aludidos poderes patronales⁴⁹.

En el sentido indicado, el Convenio sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos, 2011 (núm. 189) dispone que “la expresión *trabajo doméstico* designa el trabajo realizado *en un hogar u hogares o para los mismos*” (art. 1.a). Como se observa, el *hogar* es concebido, en este contexto, como *ámbito espacial* de desenvolvimiento del trabajo⁵⁰ y/o *beneficiario* del mismo, esto es, sujeto del intercambio de trabajo por salario; razón por la cual cabría admitir que la condición de empleador corresponde –pluralmente- a los integrantes del respectivo grupo familiar, independientemente de quién asuma - si fuese el caso- dicha condición o abone los salarios causados.

4. ¿Qué reflexión debería propiciar el trabajo de cuidados?

⁴⁹ La Junta Nacional de Relaciones Laborales (EE.UU.), en ejercicio de la potestad que le atribuye la Sec. 9 [§ 159] (a) de la Ley Nacional de Relaciones Laborales, definió -en el caso *Browning-Ferris Industries of California*, 2015- como *empleadores conjuntos* a las personas que “comparten o codeterminan aquellas materias que regulan lo esencial de los términos o condiciones de trabajo” (criterio revocado mediante sentencia núm. 16-1028 de 28 de diciembre de 2018, dictada por la Corte de Apelaciones del Circuito del Distrito de Columbia).

En sentido análogo, la jurisprudencia del Uruguay ha acuñado la figura del *empleador complejo* para afrontar “cambios ocurridos en la organización del trabajo, buscando al verdadero empleador o simplemente ampliando la responsabilidad de la empresa que contrata servicios. Por ejemplo, en el caso de los trabajadores de la empresa A que trabajan en el local de dicha empresa, y que son dirigidos por supervisores de la empresa B, para la cual se efectúa el trabajo. La jurisprudencia ha entendido que ambas empresas responden por el todo, dado que contrajeron obligaciones indivisibles en base al artículo 1384 del Código Civil uruguayo. En una reciente sentencia de un Tribunal de Apelaciones del Trabajo [...se condenó] a una empresa distribuidora de combustible a abonar los créditos laborales de un trabajador de la empresa concesionaria, argumentando que la empresa distribuidora, de acuerdo al contrato de concesión, tenía la facultad de controlar la eficiencia del personal del concesionario y solicitar la remoción de los empleados. El Tribunal entendió que la facultad de influir sobre la permanencia o cese importa una expresión de subordinación indirecta” Cristina Mangarelli, “Tendencias del Derecho del Trabajo”, *Gaceta Laboral*, Vol.15, núm. 1, Maracaibo, abril 2009. Recuperado de: http://www.scielo.org.ve/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S131585972009000100004&lng=es&nrm=iso.

Po último, el Convenio sobre seguridad y salud de los trabajadores, 1981 (núm. 155) prevé la responsabilidad patronal compartida en materia de salud ocupacional, en el supuesto de empresas que concurren en un mismo centro de trabajo (art. 17).

⁵⁰ Esta *coordenada espacial* como *rasgo denotativo* de una modalidad de trabajo se observa también, por ejemplo, en el *trabajo a domicilio*: “la expresión *trabajo a domicilio* significa el trabajo que una persona, designada como trabajador a domicilio, realiza [...] *en su domicilio o en otros locales que escoja, distintos de los locales de trabajo del empleador*”.

*El trabajo no es mercancía*⁵¹ -como proclama la Constitución de la OIT- expresa la idea basal del andamiaje normativo que denominamos Derecho del trabajo⁵². Sin embargo, esta disciplina solo tutela al trabajador que se inserta en un “mercado de trabajo”.

En palabras de Alain Supiot:

“el paradigma del trabajo-mercancía ha llevado a la reducción del perímetro de la justicia social a términos cuantitativos del intercambio salarial – intercambio de tiempo de trabajo subalterno contra garantías de seguridad física y económica–, y a excluir del mismo, por el contrario, estas dos cuestiones cruciales: ¿cómo y por qué trabajar? Dicho de otro modo, a excluir el trabajo en tanto que tal, su contenido y su sentido”⁵³.

Una idónea respuesta a ambas preguntas podría ser ofrecida por la Declaración de Filadelfia de 1944, al consagrar que la OIT asume la obligación solemne de fomentar entre todas las naciones del mundo programas que permitan “emplear trabajadores en ocupaciones en que puedan tener la satisfacción de utilizar en la mejor forma posible sus habilidades y conocimientos y de contribuir al máximo al bienestar común” (III.b)⁵⁴.

Ese es precisamente el reto que se impone en la esfera del trabajo de cuidados: centrar la atención, más allá de la lógica del mercado, en su fundamental contribución al bienestar común, su importancia para la preservación de la especie, y su significación como expresión de altos valores - empatía, solidaridad, y compasión- que nos permiten reconocernos como humanos.

A partir de los rasgos resaltados, cabría insistir en desnudar el sesgo discriminatorio que el *trabajo de cuidados* deja traslucir tan pronto se repara en

⁵¹ Este sintagma fue por vez primera consagrado explícitamente en la Sección 6 de la *Clayton Act* de 1914 (EE.UU.), que obró como reforma de la *Sherman Antitrust Act* de 1890 para, entre otros aspectos, advertir que la acción sindical dirigida a pactar tarifas salariales no debía seguir considerándose –como, por ejemplo, lo había estimado la Corte Suprema de Justicia (EE.UU.) en *Loewe v. Lawlor*, 208 US 274, 3 de febrero de 1908- una práctica monopólica contraria al libre comercio.

⁵² Mario Garmendia Arigón, “La evolución de la tutela jurídica del trabajo”, *Provocaciones de Mario Ackerman. Libro en homenaje a un profesor*. Horacio las Heras, Alejandro Sudera y Diego Tosca (coordinadores), Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2017, p. 49.

⁵³ Alain Supiot, *El trabajo no es una mercancía. Contenido y sentido del trabajo en el siglo XXI*, p. 8. Recuperado de: https://pasosalaizquierda.com/wp-content/uploads/2020/04/Supiot_el-trabajo-no-es-una-mercancia_final.pdf.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 9.

la desproporcionada participación femenina⁵⁵, la desprotección de quienes prestan tales servicios de modo principal y sin remuneración, y la infravaloración que, en términos, generales, sufren los trabajadores en dicho ámbito. En términos del art. 6 del Convenio sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, 1981 (núm. 156), corresponde dejar en claro que la cultura que asigna a las mujeres el rol de *cuidados* en el seno de la familia y a los hombres -como *cabezas de familia*- los deberes de *provisión* de medios que permitan satisfacer las necesidades familiares⁵⁶, resulta incompatible con el principio de la igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras.

Para coadyuvar a alcanzar este objetivo, convendría propiciar la organización sindical entre los trabajadores de cuidado, como mecanismo de autotutela, independientemente de que presten servicios en el ámbito -o no- de una relación de trabajo⁵⁷. Como advirtió el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de Naciones Unidas:

“Según el artículo 3 [del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales], leído juntamente con el artículo 8 [ejusdem], se permitiría a los hombres y las mujeres que funden asociaciones profesionales para tender a sus problemas específicos. A este respecto, debería prestarse particular atención a los *trabajadores domésticos*, a las mujeres de las zonas rurales, a las mujeres que trabajan en industrias

⁵⁵ La Comisión Interamericana de Derechos Humanos “ha señalado de forma reiterada que a pesar de la inserción continua de las mujeres en el ámbito laboral, persiste un desequilibrio en la asignación social de responsabilidades familiares; factor que limita sus opciones para incursionar y progresar en el ámbito laboral y obtener empleo de calidad”. CIDH, El trabajo, la educación y los recursos de las mujeres: la ruta hacia la igualdad en la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales, OEA, 2011, párr. 128. Recuperado de: <https://www.cidh.oas.org/pdf%20files/mujeresdesc2011.pdf>.

⁵⁶ Cristina Vega y Encarnación Gutiérrez Rodríguez, “Nuevas aproximaciones a la organización social del cuidado. Debates latinoamericanos. Presentación del Dossier”, *Íconos. Revista de Ciencias Sociales*, núm. 50, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales-Sede Académica de Ecuador, Quito, septiembre 2014, pp. 11 y 12.

⁵⁷ “En base a los principios de la libertad sindical, todos los trabajadores – con la sola excepción de los miembros de las fuerzas armadas y la policía – deberían tener el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a las mismas. El criterio para determinar las personas cubiertas por este derecho no se funda por tanto en la existencia de un vínculo laboral con un empleador, que a menudo no existe, por ejemplo en el caso de los trabajadores de la agricultura, los trabajadores autónomos en general o los que desempeñan profesiones liberales, y que, sin embargo, deben disfrutar del derecho de organizarse.” OIT, *La Libertad Sindical. Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical*, 6ª edición, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2018, p. 71, párr. 387.

predominantemente femeninas y a las *mujeres que trabajan en el hogar, que a menudo se ven privadas de este derecho*⁵⁸.

Una opción más acorde con su trascendencia y el previsible declinar de las fuentes de trabajo como consecuencia de las transiciones globales en lo digital, energético y climático, sería reconocer *carácter productivo* al trabajo de cuidados no remunerado, que equivaldría al 9% del Producto Interno Bruto mundial “si se diera un valor monetario a las horas consagradas a su prestación, sobre la base del salario mínimo por horas”⁵⁹. En palabras del Yuval Harari:

“En la actualidad, miles de millones de progenitores cuidan de sus hijos, los vecinos se ayudan mutuamente y los ciudadanos organizan comunidades, sin que ninguna de estas actividades valiosas se considere un empleo. Quizá sea necesario que accionemos un *interruptor en nuestra mente* y nos demos cuenta de que cuidar de un niño es, sin duda, la tarea más importante y exigente del mundo. Si es así, no habrá escasez de trabajo, aunque los ordenadores y los robots sustituyan a todos los conductores, banqueros y abogados. La pregunta, desde luego, es: ¿quién evaluará y pagará estos empleos acabados de reconocer? Dando por hecho que los bebés de seis meses no pagarán un salario a sus mamás, probablemente el gobierno tenga que encargarse de ello. Dando por hecho, también, que queremos que dichos salarios cubran todas las necesidades básicas de una familia, acabaremos en algo que no diferirá mucho de la renta básica universal”⁶⁰.

El *interruptor mental* al que alude el historiador israelí podría traducirse como conciencia jurídica del imperativo dikelógico de ofrecer -más allá de loas de artificio⁶¹- *trabajo decente* a quienes prestan los trabajos de cuidados no remunerados, sobre todo si se repara en su importancia para la preservación de la especie y en el hecho de que tales trabajadores suelen asumir dicha carga por razones de subsistencia, es decir, para que -visto el déficit del servicio público

⁵⁸ Observación General 16, 2005, párr. 25. Recuperado de: https://conf-dts1.unog.ch/1%20spa/tradutek/derechos_hum_base/cescr/00_1_obs_grales_cte%20dchos%20ec%20soc%20cult.html#GEN16.

⁵⁹ OIT, *El trabajo de cuidados...*, ob.cit., p. 49.

⁶⁰ Yuval Harari, ob.cit., p. 64.

⁶¹ El “valor social [del trabajo de cuidados], ya se exprese en términos monetarios o de reconocimiento, es bajo y, sin embargo, con frecuencia se ensalzan como una poderosa fuente de valores positivos que inspiran la vida humana y la política.” Cristina Vega y Encarnación Gutiérrez Rodríguez, ob.cit., p. 9.

de cuidados y el alto precio de la alternativa privada⁶²- otros miembros del grupo familiar puedan insertarse en el mercado de trabajo.

⁶² Se trata de afrontar el reto de restituir la dimensión social del trabajo de cuidados, mediante la desfamiliarización y desmercantilización del régimen, para afrontarlo desde una perspectiva estatal. Yanina Ceminari y Alicia Stolkiner, *ob.cit.*, p. 40.

Bibliografía

- ARESE, C. (2015). *Derechos Humanos Laborales. Teoría y práctica de un nuevo Derecho del Trabajo*, Rubinzal – Culzoni, Santa Fe.
- COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (CEPAL) (2021). *Panorama Social de América Latina*, ONU, Santiago.
- GARMENDIA, M. (2017). “La evolución de la tutela jurídica del trabajo”, *Provocaciones de Mario Ackerman. Libro en homenaje a un profesor*. Horacio las Heras, Alejandro Sudera y Diego Tosca (coordinadores), Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.
- HARARI, Y. N. (2018). *21 lecciones para el siglo XXI*, Debate, Barcelona.
- OIT (2018). *La Libertad Sindical. Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical*, 6ª edición, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra.
- OIT (2022). *El trabajo de cuidados y los trabajadores del cuidado para un futuro con trabajo decente*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2019, p. 6.
- SARAMAGO, J. (2002). *Ensayo sobre la ceguera*, Santillana, 11ª edición, Madrid.
- VEGA, C. y GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, E. (2014). “Nuevas aproximaciones a la organización social del cuidado. Debates latinoamericanos. Presentación del Dossier”, *Íconos. Revista de Ciencias Sociales*, núm. 50, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales-Sede Académica de Ecuador, Quito, septiembre.

Recursos electrónicos

- CEMINARI, Y. y STOLKINER, A. (2018). *El cuidado social y la organización social del cuidado como categorías claves para el análisis de políticas públicas*, X Congreso Internacional de Investigación y Práctica Profesional en Psicología, XXV Jornadas de Investigación, XIV Encuentro de Investigadores en Psicología del MERCOSUR, Facultad de Psicología - Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires. Disponible en <https://www.aacademica.org/000-122/142>.

- CEPAL (2007). *X Conferencia Regional sobre la Mujer, El Aporte de las Mujeres a la Igualdad en América Latina y el Caribe*, ONU. Disponible en https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/2855/1/S3282007_es.pdf.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2009). *Informe sobre los Derechos de las Mujeres en Chile: La Igualdad en la Familia, el Trabajo y la Política*, OEA/Ser.L/V.II.134, 27 de marzo. Recuperado de: <http://www.cidh.oas.org/countryrep/ChileMujer2009sp/Chilemujer09indice.sp.htm>.
- MANGARELLI, C. (2009). "Tendencias del Derecho del Trabajo", *Gaceta Laboral*, Vol.15, núm. 1, Maracaibo, abril. Disponible en http://www.scielo.org.ve/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S131585972009000100004&lng=es&nrm=iso.
- MARTINÓN TORRES, M. (2015). *Homo sapiens es una especie que no ha nacido para estar sola*, La voz de Galicia (nota de prensa firmada por Fina Ulloa), 7 de mayo. Disponible en https://www.lavozdegalicia.es/noticia/ourense/2015/05/07/homo-sapiens-especie-nacido-estar-sola/0003_20150507C2994.htm.
- OIT (2013). *Informe II. Estadísticas sobre trabajo, empleo y subutilización de la fuerza de trabajo: Informe para la discusión en la 19.ª Conferencia Internacional de Estadísticos del Trabajo (Ginebra, 2 a 11 de octubre de 2013)*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra. Disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---stat/documents/publication/wcms_220537.pdf.
- SUPIOT, A. (2020). *El trabajo no es una mercancía. Contenido y sentido del trabajo en el siglo XXI*. Disponible en https://pasosalaizquierda.com/wp-content/uploads/2020/04/Supiot_el-tra_bajo-no-es-una-mercancia_final.pdf.

www.revistajuridicadeltrabajo.com

