

ISSN 2697-3170

RJT

REVISTA JURÍDICA DEL TRABAJO

DIRECTOR

JORGE ROSENBAUM

COORDINADOR

FEDERICO ROSENBAUM

Vol. 2

No. 6

Septiembre-Diciembre
2021

Diciembre de 2021.

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

María Gema Quintero Lima: Contrapartida y resiliencia del derecho social del siglo XXI1

Carlos José Martínez Mateo: Las vicisitudes de las relaciones laborales en las sociedades españolas de interés social39

Yaneth Vargas Sandoval: Reconocer el trabajo de cuidado en Colombia: una deuda histórica con las mujeres59

Iván Daniel Jaramillo Jassir: El (des) balance del derecho del trabajo a 30 años de la Constitución política en Colombia77

César Arese: La poderosa y compleja definición de violencia y acoso laboral en el Convenio 190104

Augusto Valenzuela Herrera: Trabajo a tiempo parcial: la nueva frontera laboral en Guatemala125

DEBATE:

Luis Ángel Triguero Martínez: Modificaciones sustantivas en las condiciones de trabajo digital: la dialéctica ¿empleador? y trabajador142

Ángel Arias Domínguez: La rehabilitación de la ajenidad como criterio determinante de la laboralización del trabajo en plataformas147

Elmer Guillermo Arce Ortíz: El trabajo en plataformas digitales en Perú: más allá de la calificación jurídica. Reflexiones sobre la organización del tiempo y el pago de remuneraciones **188**

EDITORIAL

Estimados lectores:

Compartimos un nuevo número en la zaga de la Revista Jurídica del Trabajo con el que se cierra el año 2021. Un año en el que conviven aún muchas de las consecuencias generadas por la pandemia, factores que se agregan a la fenomenología que identifica el escenario transformador –y en muchos aspectos disruptivo- de las relaciones laborales contemporáneas.

Son inúmeros los tópicos que el laboralismo debe abordar en tan cambiante espectro y por ello valoramos la oportunidad de incorporar el análisis jurídico de varios de ellos, de modo de ampliar los puntos de vista siempre plurales a través del abordaje académico de los autores que colaboran en esta publicación.

Las respuestas que buscamos al escudriñar cuál será el futuro recorrido del Derecho del Trabajo, no puede desconocer importantes grados de resiliencia que, pese a todas las vicisitudes, emergen desde la esencia de la disciplina jurídica, como agudamente lo señala María Gema Quintero.

Tampoco resulta prescindible el aporte puntual que, en el marco de la economía colaborativa, prestan las sociedades de interés social, como ocurre en la realidad española que describe Carlos José Martínez y que plantean incertezas en cuanto a su compatibilización con el Programa de la Unión Europea para el Empleo y la Innovación Social 2014-2020 a favor de un ecosistema europeo común en emprendimiento social.

Un aporte igualmente enriquecedor aflora desde la valoración que formula Iván Jaramillo sobre diferentes causas que han propiciado un desbalance para el Derecho del Trabajo colombiano, pese a los designios propiciados por la reforma constitucional que hace treinta años proyectó un modelo renovador para el ingreso del país al nuevo siglo por el que hoy nos toca transitar.

Dos asuntos convertidos en objetivos centrales de la condición progresista de la disciplina se suman a esta variopinta paleta de inquietudes que, por su actualidad, forman parte de los abordajes cotidianos de la doctrina y jurisprudencia comparadas. Por un lado, la hasta ahora no resuelta temática de

género y su discriminación, proyectadas en este caso por Yanethh Vargas respecto de los trabajos de cuidados que arrastran una deuda histórica respecto de la mujer. Por el otro, las acciones reclamadas por la conciencia universal contra la violencia y el acoso laboral, lo que es abordado por César Arese desde la complejidad y potencia de su conceptualización a partir del reciente Convenio Internacional 190.

Comparte este elenco de contribuciones, el esmerado examen que desarrolla Augusto Valenzuela sobre el trabajo a tiempo parcial, recodo que aparece como una inquietante frontera en el Derecho laboral guatemalteco.

Y completando el repertorio editorial, la habitual propuesta del tema de debate recalca en el nudo gordiano con que la era digital ha irrumpido en el mundo del trabajo, lo que permite que tres destacados Profesores de las Universidades de Granada y Extremadura de España y Católica del Perú, discurren entre la dialéctica rupturista del histórico binomio empleador-trabajador (en términos que plantea Luis Ángel Triguero), el rescate de la ajenidad como criterio determinante de la laboralización del trabajo en plataformas (destacado por Ángel Arias Domínguez) y la organización del tiempo y del pago en el trabajo en plataformas digitales (según las reflexiones de Elmer Arce).

En suma, este número 6 contiene, a nuestro modo de ver, una variada oferta de artículos que permiten ampliar el horizonte de las expectativas que seguramente motivan a nuestros lectores, ávidos en acceder a información, al desarrollo de nuevas ideas y a renovadoras propuestas, para así enriquecer el bagaje de su conocimiento reflexivo.

Prof. Jorge Rosenbaum Rimolo
Director

**CONTRAPARTIDA Y RESILIENCIA DEL DERECHO SOCIAL
DEL SIGLO XXI**

**COUNTERPARTY AND RESILIENCE OF THE SOCIAL LAW OF
THE XXI CENTURY**

María Gema QUINTERO LIMA

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Carlos III de Madrid, España.

mariagema.quintero@uc3m.es

Fecha de envío: 21/08/2021

Fecha de aceptación: 01/11/2021

CONTRAPARTIDA Y RESILIENCIA DEL DERECHO SOCIAL DEL SIGLO XXI

María Gema QUINTERO LIMA

Universidad Carlos III de Madrid (España)

Resumen: En las últimas décadas, se ha venido poniendo de manifiesto la ductilidad del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, que le ha llevado incluso al riesgo de desdibujarse, por expansión y contracción. con especial énfasis a partir de la gran crisis de comienzos del Siglo XXI, y en momentos COVID19. Con una relativa perspectiva, podría identificarse un eventual elemento de garantía última de los derechos sociales de las personas trabajadoras y, por ende, del Derecho Social. La contrapartida sería la que, permite desplegar una función resiliente; desde una perspectiva individual (desde del Derecho Privado), pero también desde una perspectiva colectiva (desde el Derecho Público).

Palabras clave: Derecho Social - Contrapartida - Sinalagma - Trabajo Decente - Transición Justa

Sumario: 1. El Derecho Social del Siglo XXI o la resiliencia de un Derecho Dúctil. 1.1. Los límites de la ductilidad y la contención del relativismo jurídico. 1.2. Los contextos de las primeras décadas del siglo XXI: el Derecho Social como instrumento de política económica general en época de crisis. 1.3. Algunos ejemplos de -pequeñas y grandes- reformas normativas. 2.La contrapartida como elemento basilar de resiliencia del Derecho Social y su función tuitiva originaria. 2.1. Concepto y tipología. 2.2. Finalidad y funciones. 2.3. Algunos fundamentos generales. 2.4. Los sujetos definidores: quien fija las contrapartidas. 3.Las contrapartidas en la relación laboral individual. 3.1. El contrato de trabajo y las notas de laboralidad. 3.2. Salario y remuneración. 3.2.1.

Lo salarial y extrasalarial. 3.2.2. El tiempo del contrato como condicionante de la contrapartida. 3.3. Contrapartida y precariedad laboral. 4.La contrapartida en el ámbito de la protección social. 4.1. Contrapartidas contributivas. 4.2. ¿Contrapartida Asistencial? 5.Algunas -breves- consideraciones sobre la jubilación forzosa y las contrapartidas híbridadas. 6.La Resiliencia del Derecho Social, las Transiciones Justas en clave de contrapartidas y el ensayo de la legislación COVID19.

Abstract: In recent decades, the ductility of Labor and Social Security Law has become evident, which has even led to the risk of becoming blurred, due to expansion and contraction. with special emphasis from the great crisis at the beginning of the XXI century, and at times COVID19. With a relative perspective, an eventual element of ultimate guarantee of the social rights of workers and, therefore, of Social Law could be identified. The counterpart would develop a resilient function; from an individual perspective (from Private Law), but also from a collective perspective (from Public Law).

Key words: Social Law - Counterpart - Synalagma - Decent Work - Just Transition

Summary: 1. The Social Law of the XXI Century or the resilience of a Ductile Law. 1.1. The limits of ductility and the containment of legal relativism. 1.2. The contexts of the first decades of the XXI century: Social Law as an instrument of general economic policy in times of crisis. 1.3. Some examples of - small and large - regulatory reforms. 2. The counterpart as a basic element of resilience of Social Law and its original protective function. 2.1. Concept and typology. 2.2. Purpose and functions. 2.3. Some general bases. 2.4. The defining subjects: who sets the counterparts. 3. The counterparts in the individual employment relationship. 3.1. The employment contract and employment notes. 3.2 Salary and remuneration. 3.2.1. Wage and other pay perceptions. 3.2.2. The time of the contract as a condition of the compensation. 3.3. Counterpart and precarity. 4. The counterpart in the field of social protection. 4.1. Contributory contributions.

4.2. Assistance contribution? 5. Some -short- considerations on forced retirement and hybridized counterparts. 6. The Resilience of Social Law, Just Transitions in terms of counterparts and the test of the COVID19 legislation.

1. El Derecho Social del Siglo XXI o la resiliencia de un Derecho Dúctil

1.1. Los límites de la ductilidad y la contención del relativismo jurídico

Los contextos económicos del Siglo XXI han puesto de manifiesto en el caso del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social español -pero quizás pueda ser extrapolable a otros Ordenamientos Jurídicos- que, el Legislador eminentemente pero también otros operadores jurídicos (los interlocutores sociales y, en cierto modo, los medios de comunicación, o parcelas asociativas de la sociedad civil), han creado, modificado y hecho desaparecer la normativa social atendiendo a necesidades relativamente perentorias, como forma de adaptar el Derecho a la realidad. Y lo que no queda del todo claro es si, al instrumentalizar la labor legislativa, se dota a esta rama del ordenamiento de una nueva ductilidad, o si, por el contrario, lo que hace es servirse de una cierta maleabilidad intrínseca, que, por su propia naturaleza, estuviera indisolublemente ligada a la actividad económico-productiva en abstracto y en concreto considerada. Hasta el punto de que cabría renombrar la disciplina, para dotarla de una nueva omnicomprensividad, porque el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social se ha desbordado de sus contornos históricos de las primeras normas reguladoras del trabajo y de la protección social de los riesgos profesionales, al mismo tiempo que se están diluyendo los postulados esenciales de las nociones nucleares (ajenidad, dependencia).

Habría, entonces, de hacerse un esfuerzo por determinar si se puede conocer la esencia de ese Derecho Social (porque tenga alguna)¹, o si, por el contrario, ha de ser lo que sea, en cada momento, para el Legislador; y por extensión para el operador jurídico en general.

Hasta el momento, al abordar la metodología de la materia Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social/ Derecho Social, se ha entendido que, previa

¹ Porque excede de los subordenamientos tradicionales (Derecho del Trabajo, Derecho de la Seguridad Social, Derecho de la Asistencia Social, Derecho Sindical, Derecho del Empleo...), pero no se ha configurado como un Corpus Dogmático nominado, a caballo entre el Derecho Público y el Derecho Privado.

observación de las últimas realidades, y a la vista de los antecedentes históricos, el sujeto jurídico no puede sino presentar un escepticismo que raya el relativismo. Porque pareciera que el Legislador es, extrapolando el pensamiento de Protágoras², “la medida de todas las cosas” en materia de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Desde la óptica del positivismo clásico, pareciera que la validez del Derecho positivo no deriva de ningún elemento natural atemporal, sino que responde a los intereses o a la voluntad del Legislador de cada coyuntura.

Admitir esto sin mayor preocupación podría, al menos de un modo ideal, abocar a la desestabilización del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social como una rama específica del ordenamiento en los términos que ha sido tradicionalmente entendida por la doctrina. Porque el Legislador podría ensanchar sus contornos (porque el Derecho Social incorpore nuevos ámbitos en los que actúa, o nuevos agentes o nuevas formas de acción, con nuevos principios), vaciarla de contenidos o fragmentar la materia para reconducirla a otras ramas (se podría producir entonces una mercantilización del trabajo y de la relación laboral, tal como está sucediendo en la Economía de plataformas), o incluso una *administrativización* o una privatización de la protección social, por poner algunos ejemplos.

Lo primero, la expansión del Derecho Social no resultaría incompatible con una concepción estable de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, asentado sobre unos principios, un sistema normativo, un complejo institucional *sui generis*, pero que evoluciona. Pero lo segundo, la contracción, el desmantelamiento de esta rama sí resulta ser un peligro no desdeñable desde el punto de vista del científico del Derecho pero, sobre todo, desde una vertiente sociopolítica en un contexto histórico y económico concreto.

Sea como fuere, una vez percibido ese escepticismo -que en realidad es un cierto relativismo en fase embrionaria- es preciso asentar una línea de reflexión en torno a la materia de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social que asuma la finalidad última de contención del relativismo jurídico, sin caer, bien

² Los relativistas mantienen que el hombre no conoce las cosas como son, sino como son para él, y sólo para él, en el momento de la percepción. Esta doctrina se condensa en el postulado de Protágoras de que “*el hombre es la medida de todas las cosas*”.

es cierto en un positivismo radical. Porque, ni el Derecho es la ley de la Razón *tomasiana*³, ni el Derecho es mero acto de la voluntad del Legislador, en una concepción kelseniana. En consecuencia, se ha de partir de la hipótesis de que el Derecho Social es un objeto dúctil, pero no tanto como para poder mutar; porque hay un edificio axiológico (institucionalizado en normas fundamentales⁴) que actúa de garante de la identidad de la disciplina, por más que el relativismo se ciña como un peligro *de facto*. Porque, en suma -en término de la física de los materiales- el Derecho Social se caracteriza por su elasticidad, pero sobre todo por su *resiliencia*. Y uno de los elementos esenciales de esa resiliencia, puede resultar ser la contrapartida jurídica, en sus distintas manifestaciones.

1.2. Los contextos de las primeras décadas del siglo XXI: el Derecho Social como instrumento de política económica general en época de crisis

No resulta nada nuevo ni original⁵ afirmar que, en las primeras décadas del siglo XXI, el Derecho Social se había convertido, por distintas razones imbricadas de un modo complejo, primero en uno de los instrumentos de política económica general en la situación de crisis económico-financiera global y nacional generada en torno al 2008; , segundo en la herramienta de reversión de los excesos precedentes y el rediseño parcial de algunas parcelas centrales (igualdad, tiempo de trabajo); tercero, en un dispositivo de prevención de consecuencias magnificas, y por ende de recuperación ulterior, en/tras una epidemia global como la del COVID19.

Desde un punto de vista técnico, en un contexto donde la función del Derecho Social fuera la clásica función tuitiva del trabajador, las razones

³ Santo Tomás de Aquino, Tomo VI (Tratado de la ley) en general versión Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1956, I-II q. 90 a. 1 ad 3.

⁴ La Constitución Española, la Carta Social Europea, las Pilar Europeo de Derechos sociales, y también esencialmente la normativa internacional del Trabajo.

⁵ En efecto, se ha afirmado que “...*la nueva crisis financiera y económica que a pesar de su origen internacional sacude la economía española...ha traído de la mano a uno de sus invitados inexorables: la reforma del mercado de trabajo. Se ha cumplido el rito inevitable y periódico de la intervención normativa en el marco regular de las relaciones de producción y trabajo asalariado con el propósito...de la adaptación del ordenamiento laboral a las circunstancias económicas*” (PALOMEQUE LOPEZ, M.C., “La versión 2010 de la reforma laboral permanente”, EN GARCIA-PERROTE ESCARTN, I. Y MERCADER UGUINA, J.R. (Dir.) *La reforma del mercado de trabajo*. Valladolid: Lex Nova, 2010, p. 20)

(macro)económicas habría ser consideradas lógicas exógenas a la legislación laboral y de Seguridad Social. Ahora bien, después de varios ciclos económicos expansivos y recesivos sucesivos, se ha puesto de manifiesto que la Economía, la situación económica coyuntural, se ha convertido en una condición para que se exista/se mantenga el Derecho Social en sentido clásico. O dicho de otro modo, es un condicionante para configurar el propio Derecho con mayor o menor contenido tuitivo. Al que se puede dar mayor o menor potencia atendiendo a los postulados políticos presentes en los órganos ejecutivos y legislativos del Estado.

De una parte, las situaciones macro- y microeconómicas han predeterminado la existencia de la actividad económico-productiva que regulaba el Derecho del Trabajo, y, de otra, son el sustrato de los recursos económico-financieros del sistema de Seguridad Social, y explican la existencia de mayores o menores situaciones de necesidad a proteger.

En la actualidad, especialmente desde el año 2008 (pero ya antes había ejemplos de esta tendencia) las razones económicas han hecho que el Derecho Social se convierta en un instrumento de política económica. Y al margen de otros efectos, esta instrumentalización ha provocado una mutación relevante, como es la que se ha producido en el sistema de fuentes del ordenamiento ius-social. Es el ejemplo más llamativo en España el del nuevo papel del Real Decreto-Ley⁶.

Así, con pretendido sustento constitucional, la situación de crisis económica fue considerada una situación de *extrema y urgente necesidad* en abstracto, que justificaba que el desarrollo de la política económico-social. De tal

⁶ En efecto, la instrumentalización del Derecho Social ha generado un daño aparente en la técnica del Legislador ius-social, y este daño, independientemente del que se hace patente en materia de Derecho Transitorio, se evidencia en el uso del Real Decreto-Ley como norma ómnibus; algo que puede perjudicar la seguridad jurídica misma, aunque activa también soluciones jurídicas inminentes a problemáticas -presuntamente- urgentes.

Como norma de rango legal, con potencial normativa constitucional (art 86 de la Constitución Española (CE)) equiparada a la norma (Ley) debatida y aprobada en el Congreso de los Diputados), el Real Decreto-Ley es una norma emanada del Gobierno. Constitucionalmente se diseña una habilitación "en caso de urgente y extrema necesidad", y una garantía última de convalidación por el poder legislativo. Estas garantías, en determinados contextos políticos con configuraciones parlamentarias de mayorías fuertes, pueden verse enervadas, de forma que el ordenamiento jurídico puede verse invadido de normas con rango de ley de origen gubernamental.

manera que el Real Decreto Ley se convirtió en el principal motor de las reformas económicas, con justificaciones concretas referidas al impulso del crecimiento de la economía española, al incremento de la competitividad, a la reorganización y mejora del mercado de trabajo o a la conservación del sistema de Seguridad Social.⁷

Además, la -aparente- premura legislativa provocaba que se rompieran los procesos de desarrollo normativos tradicionales. Como emergía la necesidad de una acción inmediata, los hábitos normativos previos no servían, y, por ejemplo, el desarrollo reglamentario se producía, ya no bajo la forma tradicional de la legislación por peldaños (Real Decreto-Orden Ministerial-Resolución), sino directamente por Resolución administrativa. A lo anterior se unía que, en cumplimiento de las exigencias constitucionales, era preciso que cada uno de los Reales Decreto-Ley fuera convalidado posteriormente por el Congreso de los Diputados. Y en este proceso, la convalidación actuaba como mecanismo de legitimación *a posteriori* de las reformas normativas, de consenso sobrevenido; lo que se traducía, en algunas ocasiones, en alternaciones de los textos. De tal forma que se podían generar disonancias jurídicas porque, hasta su convalidación, el Real Decreto-Ley introducía un determinado contenido jurídico en el Ordenamiento laboral, que después desaparecía o se transformaba en la versión convalidada mediante nueva norma de rango legal⁸.

Bien es cierto que, empleado con finalidades políticas de corte más progresista, en situaciones de cambio de paradigma político, el uso del Real Decreto-ley también ha tenido un sentido restaurativo de situaciones perjudicadas por periodos intensos de reforma legal regresiva. Los ejemplos de

⁷ Sirvan algunos ejemplos. Especialmente en 2010 se aprobaron más de una decena de Reales Decreto Leyes. Algunos no tenían contenido laboral, sino estrictamente económico, aunque sí generaban repercusiones laborales (por ejemplo, el RD-Ley 5/2010, de 31 de marzo, por el que se amplía la vigencia de determinadas medidas económicas de carácter temporal), pero otros sí contuvieron elementos laborales, el último de la década, el RD-ley 13/2010, de 3 de diciembre, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo. Es una norma con un contenido declarado de "actuaciones para fomentar la inversión y la creación de empleo". Y para ello incorporaba medidas tributarias especialmente para las pequeñas y medianas empresas o liberalizaba ciertos sectores.

⁸ Bastantes ejemplos ofrecían la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, respecto del RDL 10/2010, de 16 de junio, o el Real decreto ley 3/2012, respecto de la ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral

los Reales Decretos-Ley del segundo semestre del año 2018 y primer trimestre del año 2019 han sido un claro ejemplo⁹.

Es más, en un renovado diseño de equilibrios parlamentarios y en una inaudita composición del poder Ejecutivo español, que ha coincidió con la necesidad de atender a la situación económica derivada de la emergencia sanitaria causada por la pandemia COVID19, en 2020 se ha vuelto a dotar de protagonismo inusitado a la norma gubernamental con rango de ley. En esta ocasión, sin embargo, con un sustrato axiológico claro, ya no ligado a la crisis financiera como en 2008, sino alineado ahora con una función tuitiva renovada del Derecho Social, como herramienta de las políticas sociales y económicas destinadas a frenar los efectos de las medidas extraordinarias de paralización económica ligadas a la excepcionalidad pandémica¹⁰ y, enseguida, después, como herramienta de la recuperación post COVID19.

1.3. Algunos ejemplos de -pequeñas y grandes- reformas normativas

En aquel contexto de crisis internacional de 2008, se produjo un proceso prolífico de reformas sociales, en los que la reforma del Derecho Social había pretendido ser un medio para la recuperación económica¹¹; mediante la

⁹ En efecto, los Reales Decretos-Ley 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo ; o 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, incorporó cambios muy significativos en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres y 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo; contienen avances muy significativos en materia laboral y de protección social. En un contexto político muy concreto, como es el español, en el que la etapa de gobierno de un partido conservador desde 2011 concluye con una moción de censura en 2018, que abre un periodo de gobierno interino (después convertido en 2019 en un gobierno de coalición progresista), con postulados antagónicos a los del gobierno aquel, en un contexto social también muy concreto, caracterizado por el empobrecimiento de la clase trabajadora, especialmente de los jóvenes y de los pensionistas mientras se está produciendo la recuperación económica de la crisis de 2008

¹⁰ Véase, CRUZ VILLALÓN, Jesús, “Técnicas jurídicas en la regulación de las medidas laborales y de Seguridad Social ante la crisis sanitaria por el coronavirus”, *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, nº 1, Universidad de Cádiz, 2020, pp. 11-41

¹¹ Aún más, en ocasiones, el Derecho Social/ Instrumento económico, se ha convertido en el espectador-actor secundario, no solo de los problemas económicos (falta de liquidez de las empresas, dificultades de inversión, morosidad etc.), sino también, de las soluciones jurídicas que introducen cambios en el sistema económico-financiero. Valga un ejemplo: en el sector bancario y de las cajas de ahorro, el RD-ley 11/2010, y el RD ley 2/2011, de 18 de febrero para

introducción de modificaciones flexibilizadoras en la relación laboral individual y en las relaciones colectivas; de una parte, y mediante la reorganización de la protección social, de otra.

En ese proceso, el Derecho Social español se mimetizaba, con algunos elementos de originalidad, con otros ordenamientos jurídicos para incorporar soluciones que trataban de resolver puntos críticos de la crisis. Los ejemplos más claros serían: a) la flexibilización del despido (difuminación de las causas, eliminación de requisitos procedimentales) y la revisión de la indemnización por despido (reducción de las cuantías y de los umbrales de tope indemnizatorios); b) la intensificación de las facultades empresariales para modificar condiciones de trabajo; c) la elevación de la edad de jubilación y las excepciones ligadas a largas carreras de seguro o al desarrollo de actividades penosas o insalubres, o d) la liberalización del mercado de servicios de colocación¹², por poner algunos ejemplos simples.

Junto a estas mutaciones se situaban, en paralelo, aquellas que atendían a un -renovado- papel que habría de tener la autonomía de la voluntad individual, y la autonomía colectiva, y el nuevo lugar que ha de ocupar el convenio colectivo en el sistema de fuentes, especialmente a lo que atiende a su relación con las normas no pactadas (deslegalización de la regulación de ciertas materias, y contracción del principio de irrenunciabilidad de derechos). En síntesis: desde 2011-2012 la empresa se convierte en unidad de negociación privilegiada, en detrimento del ámbito sectorial, se elimina la ultraactividad de los convenios, y se desdibuja el papel de la representación colectiva en los procesos de ejercicio de facultades empresariales de flexibilidad interna y externa que, por efecto, que se unilateralizan. De esta forma, las relaciones laborales se individualizan de forma extrema, en el sentido de que, esencialmente, en cada relación laboral

el reforzamiento del sistema financiero generaron necesidades empresariales masivas de extinciones contractuales, que se ampararon en la regulación dada a la institución extintiva por la Ley 3/ 2012 Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

¹² Que tuvo su antecedente en la DA 1ª de la ley 27/2009, de 30 de diciembre, de medidas urgentes para el mantenimiento y fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas, y ha sido después desarrollado en la ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo; y en el RD 1796/ 2010, de 30 de diciembre, por el que se regulan las agencias de colocación.

sólo son relevantes las dos partes presentes en el intercambio de prestaciones, y el control de cumplimiento de la normativa se remite a la vía jurisdiccional.

Desde la perspectiva de la Protección Social, se procede a contributivizar los esquemas esenciales de la Seguridad Social, especialmente en el ámbito de la protección por desempleo y de la jubilación, y se asistencializan algunos otros esquemas, de forma que se amplían las franjas de desprotección neta.

De esta forma, esencialmente a partir de 2018, se hace evidente el resultado de un proceso de precarización/ pauperización de las personas trabajadoras¹³, y de degradación de ciertos derechos sociolaborales (igualdad y no discriminación, descanso, remuneración suficiente, formación, protección de la salud...). Que choca de frente con los postulados que desde la Organización Internacional del Trabajo propugnan el Trabajo Decente¹⁴. A partir de ellos, se emprenden algunas reformas laborales destinadas a revertir algunos de los efectos de las normativas precedentes. Una línea de actuación continua desde entonces se ha centrado en la promoción de la igualdad efectiva entre hombres y mujeres¹⁵. Otra en el control de la contratación temporal y a tiempo parcial, del tiempo de trabajo (en clave de descanso y desconexión¹⁶, y de registro de

¹³ Hasta el punto de que generaliza el concepto de “Trabajador pobre” y se comienzan a cuantificar estadísticamente.

¹⁴ Juan Somavia, en la 87.ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, introduce el concepto, al remarcar que “.. *la finalidad primordial de la OIT es promover oportunidades para que los hombres y las mujeres puedan conseguir un trabajo decente y productivo en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad humana...*” (OIT, *Trabajo decente*. Memoria del Director General a la 87.ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo. Ginebra, 1999, p. 4).

Ya en 2015, Trabajo Decente conforma el núcleo del Objetivo de Desarrollo Sostenible 8 de la Agenda 2030 de Naciones Unidas (Resolución aprobada por la Asamblea General el 25 de septiembre de 2015, *Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*) (A/RES/70/1)).

La primera traducción en España de esa nueva axiología se encuentra en la Resolución de 27 de julio de 2018, de la Subsecretaría, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de julio de 2018, por el que se aprueba el Plan Director por un Trabajo Digno 2018-2019-2020.

¹⁵ Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, incorporó cambios muy significativos en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Así como, ya de “nueva generación COVID19”, pero desarrollo reglamentario de ese Real Decreto ley, los Reales Decretos 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro y se modifica el Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo, y 902/2020, de 13 de octubre, de igualdad retributiva entre mujeres y hombres.

¹⁶ Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (art 88).

jornada¹⁷ y control de las cotizaciones empresariales). Sin olvidar las reformas destinadas a la mejora de las prestaciones públicas (revalorización de pensiones¹⁸, prestaciones por nacimiento y cuidado de hijos, rentas básicas, etc.).

La crisis económica y social que ha generado la pandemia ha sido, desde marzo 2020, una inspiración nunca vista de la maquinaria normativa, que vuelve a reconfigurar ciertos contornos del Derecho Social Español. En esta ocasión para ampliar e intensificar la protección de los derechos sociolaborales de las personas trabajadoras, pero no solo de ellas. Sin que quepa aquí ahondar en ello, la saga de Reales Decretos-Leyes amparados en la situación de necesidad urgente y extrema que planteaba la pandemia, y la ulterior recuperación¹⁹ en sus distintas olas/fases ofrecen un escaparate interesante de medidas legislativas tuitivas de los derechos de las personas trabajadoras, pero también de reordenación económica última, en las que va a ser posible vislumbrar el componente de la contrapartida a lo que interesa aquí, como se tendrá ocasión de analizar más adelante. Ahora en un marco renovado como el que ofrece la idea de Transición Justa. Es más, quizás sea su elemento nuclear la contrapartida misma.

2. La contrapartida como elemento basilar de resiliencia del Derecho Social y su función tuitiva originaria

2.1. Concepto y tipología

Proponer una definición general de contrapartida quizás podría resultar pretencioso en un trabajo como éste²⁰, pero quizás sí quepa llevar a cabo un

¹⁷ Real Decreto-ley 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo

¹⁸ Real Decreto-ley 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo.

¹⁹ Real Decreto-ley 6/2020, de 10 de marzo, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en el ámbito económico y para la protección de la salud pública y siguientes, también en 2021, en el marco ahora de la recuperación económica.

²⁰ Podría resultar infructuoso, porque están implicadas instituciones generales del Derecho, que podrían ser merecedoras de un análisis iusfilosófico, más allá de las materializaciones en el Derecho Social. Y aquí se pretende una aproximación práctica al concepto y su potencial utilidad

primer ensayo ahora, para presentarlo como elemento contraprestacional (desde una perspectiva de ventaja cuantitativa o cualitativa, con valor económico cuantificado o cuantificable) atribuible a un sujeto, que se enlaza con otros, para conformar estructuras complejas de derechos/obligaciones que mantienen un equilibrio fundamental de ganancias.

Atendiendo al modo en el que se anuden, cabría distinguir distintos tipos de contrapartidas, que podrían organizarse de forma simplificada en un sistema dicotómico y no excluyente, que habría de extrapolarse en dos dimensiones diferenciadas, a saber, la del Derecho Privado, que aquí puede reconducirse al ámbito contractual puro y, de modo más concreto de la relación laboral individual, y la del Derecho Público, que se materializaría en el ámbito de la protección social. En sendas dimensiones, habría un elemento común, a saber, que las relaciones jurídicas -privadas y públicas- son siempre de tracto sucesivo.

Así, sucintamente, como aconseja el marco de este trabajo, cabría distinguir entre:

a) Contrapartida originaria versus contrapartida sobrevenida

Tanto en el marco del sinalagma genético como del sinalagma funcional²¹, la contrapartida originaria sería aquella que se encuentra en el inicio de la relación jurídica misma. Sin embargo, en el caso de relaciones de tracto sucesivo, cabe que el mantenimiento de la relación requiera de nuevas contraprestaciones sobrevenidamente²². Que pueden ser cumulativas (secundarias) a la contrapartida original, pero también pueden resultar ser contrapartidas alternativas.

b) Contrapartida principal versus contrapartida secundaria o alternativa.

para resolver las vicisitudes particulares de esta rama del Derecho, en determinados contextos económicos y políticos.

²¹ En los contratos consensuales, el nacimiento de la obligación de cada parte depende del recíproco nacimiento de la otra (sinalagma genético) pero también la prestación de cada parte depende del simultáneo cumplimiento de la otra (sinalagma funcional) (RODRIGUEZ ROSADO, Bruno. *Resolución y sinalagma*. Madrid, Marcial Pons, 2013, p. 11)

²² Así, en los contratos de trabajo, lo que puede suceder es que el tracto sucesivo no sea homogéneo y se alteren los elementos de las prestaciones, de ahí que hayan de establecerse contrapartidas sobrevenidas, como estrategia para mantener la causa del contrato, y su existencia misma. Todo en la medida en que la contrapartida se identifica con la causa ((RODRIGUEZ ROSADO, B. *Resolución y sinalagma*. Madrid, Marcial Pons, 2013, p. 29)

La contrapartida original puede verse complementada (contrapartida secundaria) por nuevas ventajas sumativas, o no pero que, podrían tener la función de sustituirla, sin alternar la existencia de la relación jurídica²³.

c) Contrapartida estática versus contrapartida dinámica

Las anteriores tipologías, pueden imbricarse desde otro enfoque, a partir de la idea de que la contrapartida no es habitual que sea estática, sino que, en un contexto de desarrollo sucesivo de la propia relación jurídica, es plausible que pueda irse modificando; no tanto porque las partes noven el contrato, sino como consecuencia de la actividad legislativa.

En los casos de modificaciones contractuales, las partes²⁴ habrían de ser las encargadas de reequilibrar el esquema sinalagmático para no perjudicar su equilibrio primigenio, con o sin un marco vinculante normativo para hacerlo.

En un nivel macro, cuando el Legislador altera un esquema jurídico, por ejemplo algún elemento de la regulación de la relación laboral, o el diseño del acceso a/ el mantenimiento de/ la extensión e intensidad de la protección de una prestación de Seguridad Social, no habría de olvidarse de, sobrevenidamente, acumular o sustituir las contrapartidas preexistentes para evitar desequilibrar las relaciones jurídicas vivas, mediante la inserción en el ordenamiento de nuevas contrapartidas. Cuando no lo hace el Legislador, en ocasiones, podría ser el operador jurídico-juez²⁵ el que haga interpretaciones teleológicas para conseguir en reequilibrio.

Así, la asunción de la contrapartida dinámica habría de ser una herramienta de técnica legislativa de *lege ferenda*, más bien; aunque ejemplos positivizados hay, por otra parte.

²³ Sirvan dos ejemplos. En la vertiente puramente laboral, en la legislación española se prevén fórmulas de contraprestación a los tiempos de trabajo que superen la jornada inicialmente pactada. Así, cabría la remuneración de las horas extras versus compensación con descansos equivalentes. (Art. 35 del Estatuto de los trabajadores (ET en adelante). En el ámbito de la Seguridad Social española, para el acceso a pensiones de viudedad desde una situación de no alta en el sistema de la persona causante, se exige el cumplimiento de un requisito adicional de cotización previa (15 años).

²⁴ Sujetos trabajadores/empleadores y sus representantes.

²⁵ En el caso español, la redefinición difusa de las causas de despido por causas económicas operada por la ley 3/2012, que de facto posibilita un despido libre, condujo a una reinterpretación judicial de las causas, así como a una intensificación de la exigencia de los requisitos formales (documentación, contenidos de la misma, plazos...) en el caso de los despidos colectivos, pero también individuales.

Ese concepto de contrapartida dinámica permite cohonestar las reformas legislativas en cualesquiera orientaciones políticas (siempre, por supuesto, dentro de los límites constitucionales), atendiendo a las necesidades socio-económicas coyunturales. O, dicho de otro modo, permitiría alterar el estatus quo normativo, pero con respeto del equilibrio de las ventajas precedentes, mediante el rediseño de las contrapartidas²⁶. En cierto modo, se articula una herramienta para evitar la regresividad de las reformas normativas, y que apuntalaría esa resiliencia última del Derecho Social²⁷

d) Contrapartida individual/particular versus contrapartida colectiva

Las contraprestaciones no siempre ha de estar referidas al sujeto de la relación jurídica. sino que también pueden adoptar la forma de una ventaja colectiva, que excede el ámbito de la relación jurídica concreta de los sujetos originariamente implicados. Algo que es más evidente en el ámbito público de la protección social.

En el ámbito de la gestión del empleo (reparto, jubilaciones anticipadas o no, inserción de jóvenes y desempleados) hay una zona de reflexión amplia sobre la contrapartida colectiva sumativa o cumulativa a la contrapartida individual²⁸.

2.2. Finalidad y funciones

²⁶ Simplificando, por ejemplo, en una reforma legislativa donde se dota de poderes de dirección amplificados en clave de flexibilidad, habría que articular contrapartidas nuevas (privadas, como las garantías de estabilidad, nuevas formas de remunerar la flexibilidad, pero también públicas, como, por ejemplo, la exigencia de contribuciones suplementarias y/o las obligaciones de suscribir convenios especiales en los casos de despidos de personas trabajadoras senior). etc...).

²⁷ En el ámbito de las discusiones sobre la irregresividad de los derechos, se ha desarrollado un discurso anclado sobre el Estado Social, que asume la inconstitucionalidad de la regresión absoluta, sin contrapartidas.(PONCE SOLE, J. *El derecho y la (ir) reversibilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadanos Las líneas rojas constitucionales a los recortes y la sostenibilidad social*. INAP, 2013, p. 23 y ss).

²⁸ Así, en reformas legislativas de prestaciones, ha sido habitual que las contrapartidas asuman la forma de mantenimiento de expectativas o de derechos. Paradigmáticamente, en las reformas de las pensiones de jubilación, se mantienen expectativas para cohortes de edad, mediante la aplicación progresiva de las reformas. Pero a ciertas categorías de sujetos no se les ofrecen individualizadamente contrapartidas, sino que la contrapartida última sería la conservación misma del sistema.

Esta conceptualización superficial, en realidad, es la consecuencia de que se entiende aquí que se ha de primar la definición finalística: la de analizar el potencia de la idea de contrapartida como herramienta de (re)equilibrio del vínculo contractual/ asegurativo; algo que deviene especialmente necesario en momentos de pauperización de los trabajadores provocada por determinadas regulaciones normativas y aplicaciones precarizantes, y de eventuales amenazas contextuales regresivas en los Sistemas de Protección Social.

Históricamente, se pueden admitir varias premisas: Primera: el Trabajo es un bien asociado a la obtención de recursos, no cualesquiera sino, en primer lugar, recursos de subsistencia. Por lo tanto, el trabajo responde a una necesidad de supervivencia y de suficiencia de los medios de vida. Segunda: en consecuencia, el No-Trabajo se asimila a la exclusión social. De ahí que, en épocas modernas, entre las políticas de prevención de la exclusión se encontraban las políticas que incluían medidas de activación/ inserción laboral. Todo en un marco ius-filosófico en el que el trabajo es un elemento de dignificación del individuo.

Pero, en las últimas décadas, esas dos premisas se han visto desdibujadas *a contrario*; en el sentido de que junto al trabajador-que-se-vuelve-pobre-y-resulta-excluido, están las personas-que-aunque-trabajan-sufren-riesgo-de-exclusión. Porque –y manténgase esta idea- hoy la exclusión está ligada al trabajo también; bajo una polimorfa precariedad laboral²⁹.

En efecto, como consecuencia de las sucesivas reformas legislativas de los últimos años y las situaciones de crisis económica que las acompañaron/subyacieron/justificaron, hasta 2018, en momentos pre-pandémicos, la regulación del Trabajo en España parecía haber hecho mutar su naturaleza misma, con la consecuencia de la pauperización del Trabajador asalariado. En dos direcciones: en sentido estricto, se han reducido derechos y garantías laborales y prestacionales de las personas trabajadoras. Pero también *amplo sensu*, porque la creación de la figura del trabajador autónomo económicamente dependiente ha propiciado un desdibujamiento del trabajo

²⁹ Véase, CALVO GALLEGO Francisco.Javier. y GOMEZ-ALVAREZ Maria Rosa. (DIRs.) *Trabajadores pobres y pobreza en el trabajo*. Murcia, Laborum, 2017.

asalariado mismo, lo que ha venido teniendo como efecto la exclusión directa del núcleo de protección laboral del Estatuto de los Trabajadores (ET) y del Régimen General de la Seguridad Social³⁰ y ha anclado el dossier de derechos en la autonomía de la voluntad de cada individuo, ha redefinido las relaciones jurídicas para reconducirlas al Derecho Privado clásico y a la teoría general de los contratos, y ha empujado al aseguramiento dentro del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos.

A lo anterior se sumaría que en esa situación nueva –la de la pobreza creciente de los trabajadores activos- no había sido objeto de una protección específica, sino que se perpetuaba a través de mecanismo de protección social devaluados (prestaciones de desempleo paradójicamente contributivizadas, y asistencializadas, congelación de las cuantías de las pensiones, que dejan de actualizarse, por señalar hitos esenciales); lo que provocaba una transferencia de la pobreza laboral a la pobreza prestacional (cotizaciones por salarios bajo o lagunas de cotización de conducen a ausencia de derechos o a derechos de cuantía insuficiente).

Así, la contrapartida, en materia de política legislativa, podría desempeñar una primera función: la de permitir mantener la identidad de las instituciones de Derecho Social (en términos impropios de garantía institucional de la conceptualización constitucional). No tanto para establecer la irreversibilidad normativa, pero sí como sustrato de prevención de los atentados contra la integridad jurídica de las instituciones³¹.

³⁰ Sin perjuicio de que, como contrapartida, se haya creado un subsistema *ad hoc* de protección del Trabajo por cuenta propia en torno a Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo.

³¹ Sirva un ejemplo de los varios que cabría apuntar. La Ley 3/2012, en su artículo 4 creaba una nueva modalidad de contrato indefinido para emprendedores. Su mayor especialidad radicaba en exceptuar en estos casos el régimen general del periodo de prueba del art 14 ET, para prever un periodo de hasta 12 meses. Si se observa, la indefinición del vínculo laboral como ventaja para la persona empleadora, tenía anudada como contrapartida empresarial la ampliación del plazo de disposición sobre la inexistencia misma del contrato, y, por ende, el alargamiento de su inestabilidad esencial. Además, se hizo un uso torticero (sin agotar el plazo, apurarlo para disponer del libre desistimiento por el sujeto empleador, sin preaviso y sin causa), que permitía la norma, y que parte de la doctrina judicial tuvo ocasión de corregir o señalar al menos. En esa reforma legislativa del periodo de prueba en esa modalidad contractual, se alteraban los esquemas de contrapartida originario: la institución del desistimiento sirve para depurar los defectos iniciales de la relación laboral. por eso están sujetos en el art 14 a un límite razonable. Si ese plazo alcanza los 12 meses, se amplía la capacidad de desistimiento, se altera la estabilidad del vínculo, afecte a quien afecte. Pero tanto más cuanto afecta al sujeto trabajador

Junto a esa finalidad central referida al Legislador, la contrapartida puede desplegar un papel muy importante en la redefinición de una Nueva Responsabilidad Social Empresarial. En efecto, la contrapartida puede servir para darle contenido e intensidades. Así, a partir del respeto por el empresario de la normativa, las creaciones jurídicas desde la autonomía de la voluntad individual y colectiva pueden realizarse en términos de respeto de contrapartidas. Sin abuso de derecho, sino a través del uso empresarial socialmente responsable de la normativa vigente cuando no es especialmente garantista, o cuando deja espacios extensos de Derecho Dispositivo.

Sirva dejar así solo, esbozadas, sendas finalidades de la contrapartida, como meras hipótesis, que podrán irse dotando de morfología y funcionalidad más adelante.

2.3. Algunos fundamentos generales

La contrapartida precisa corporeizarse en cada uno de esos dos ámbitos del Derecho Social. Porque no habrá de ser igual en el ámbito privado que en el público, dado que en cada uno de ellos esta embebida, en definitiva, de la axiología y dogmática propia. Pero, en todo caso, sí podría entenderse que reposa en sendos espacios en un hipotético -nuevo-Contrato Social sustentado en pilares éticos básicos, que eliminan la mercantilización del trabajo (y prohíben la cosificación consiguiente de la persona trabajadora) de los esquemas contractuales; y que también construyen las relaciones entre ciudadanía (trabajadora o no) y Administración desde planteamientos de Estado del Bienestar, por simplificar.

Así, el fundamento esencial de la contrapartida en el ámbito privado habría de ser el sinalagma, entendido como una contraposición de pretensiones que se

que, sin mediar indemnización ve extinto su contrato de un modo semejante a un despido acausal, inexistente en nuestro ordenamiento. La prueba tiene un marco articulado en la contrapartida: cabe desistimiento libre solo porque se mantiene durante un plazo breve.

Solo muy recientemente esta creación regresiva ha sido extinta por precarizante, de suerte que esta modalidad ha sido eliminada del ordenamiento laboral por la disposición derogatoria única del Real Decreto-ley 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo, en un giro de tendencia política.

traducen en equilibrio de contraprestaciones. Bajo la forma de derechos, facultades, deberes, y obligaciones³².

En el ámbito público, sin embargo, sería posible diferenciar distintos fundamentos, atendiendo a si los esquemas de protección social se sustentan en esquemas asegurativos de las personas trabajadoras, en esquemas solidarios impositivos de la ciudadanía, o en esquemas mixtos.

La contributividad permitiría articular contrapartidas prestacionales con una morfología basada en la aportación económica y la vinculación al sistema administrativo previamente por efecto de ostentar la condición de persona asegurada. Por el contrario, en los esquemas asistenciales, la contrapartida contributiva estaría muy difuminada y se puede manifestar simplemente en la condición de ciudadanía o residencia (estricto o amplio sensu).

2.4. Los sujetos definidores: quien fija las contrapartidas

En el ámbito contractual puro, son las partes contratantes las que habrían de fijar sus contrapartidas, inicial y/o sobrevenidamente.

Sin embargo, en el ámbito privado jurídico-laboral, las partes no gozan de igual posición (de ahí que, antaño, el Derecho del Trabajo surgiese como instrumento reequilibrador. Así, los poderes públicos actúan como correctores: el Legislador, para fijar reglas, la Administración Laboral (la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, esencialmente) para comprobar cumplimiento, más allá de la exigibilidad que pueda hacer valer los sujetos acreedores ante los órganos de la Jurisdicción Social.

Además, con distinta intensidad la Representación de los Trabajadores (en personificaciones diversas (Sindicatos, representación sindical en la empresa, representación legal, Asociaciones de Empresarios) actúa como sujeto para fijar (en la negociación colectiva) o actuar (funciones de control, información y consulta, gestión) de las contraprestaciones esenciales/ adicionales/complementarias.

³² Con distintas combinaciones probablemente. De forma que cabe que un derecho tenga como contrapartida un derecho para la otra parte, pero también una obligación; o cabe que una facultad lleve anudado un derecho u otra facultad. Abstracciones que sería preciso hacer tangibles...

Esta multiplicación de agentes de la contrapartida puede resultar problemática. Dicho de otra forma, los fenómenos de pluralidad de sujetos presentes pueden desdibujar los vínculos de correspondencia de contraprestaciones. Puede dejar al sujeto acreedor sin contrapartida, puede provocar una dualidad de exigencias para él, o puede favorecer abuso de derecho y supuestos de sobreprotección de alguna de las partes implicadas en la relación laboral³³. De ahí que se haga necesario proceder a la fijación/determinación/captura, de los sujetos de las distintas relaciones jurídicas para poder reequilibrar ese esquema de las contraprestaciones.

En el ámbito público, los sujetos con competencias normativas establecen reglas, bidireccionales o tridireccionales. El Legislador norma, y la Administración gestiona derechos y obligaciones y aplica la norma. En la esfera pública hay dos opciones evidentes: a) el Sujeto privado tiene como contraparte (si bien no en régimen de igualdad) en la definición de contrapartidas a la Administración. Se trataría del supuesto-tipo - de la relación de Seguridad Social y el aseguramiento moderno de los riesgos laborales y comunes. b) sujeto privado versus sujeto privado, en cuya interrelación la Administración es un tercero presente que obliga a una parte o a sendas partes a la consecución de objetivos, particularizados, pero de interés general.

Pero, además, habría otras derivadas, porque el Sujeto privado puede reclamar la intervención de un tercero imparcial (Órgano judicial u organismo alternativo de resolución de conflictos).

Tanto en la esfera públicas como en la jurídico-privada, es precisamente la introducción de un juzgador habilitado lo que puede servir para reequilibrar o desequilibrar los esquemas de contrapartidas. Porque aplique automáticamente diseños legislativos desequilibradores³⁴ o porque lleve a cabo interpretaciones

³³ La descentralización y los fenómenos de subcontratas, ofrecen un ejemplo, y dentro de esos conceptos, las redes de empresas, y las cadenas globales son un máximo exponente. Así, en las Empresas de Trabajo Temporal (ETT), la contrapartida esencial se ha cristalizado, congelado, petrificado, en la medida en que la prestación de servicios a cambio de remuneración no se construye bidireccionalmente. La remuneración se lleva cabo por la ETT y no por la empresa usuaria y, sin embargo, el poder de dirección de facto si es de la usuaria, lo ha que haría más difícil ajustar las contrapartidas secundarias.

³⁴ No cabe la calificación de nulidad del despido de las personas trabajadoras empleadas al servicio del hogar familiar aun cuando se produzca una vulneración del derecho a la igualdad y la no discriminación.

aparentemente *contra legem* pero amparadas en elementos axiológicos legales o constitucionales³⁵.

Todo lo anterior no tiene mas sentido que el de anticipar algunas concreciones de las contrapartidas.

3. Las contrapartidas en la relación laboral individual

3.1. El contrato de trabajo y las notas de laboralidad

En las prestaciones de servicios mercantiles o civiles (ahora que es un tema candente el de la uberización del mercado y determinadas categorías de trabajadores son objeto de redefinición judicial mientras que el tráfico mercantil pretende categorizarlo de modo conveniente a intereses meramente económicos) qué duda cabe de que también hay un intercambio de prestaciones, y está presente la contrapartida en su visión primigenia. La diferencia con la contrapartida laboral radica en la especialidad del vínculo jurídico que se establece entre dos partes que no se encuentran en idéntica posición para contratar. Porque no tienen las mismas necesidades componiendo la causa del negocio, ni las mismas facultades como contratantes. De ahí que las notas de laboralidad predeterminen una determinada operativa de la contrapartida, diferenciada de la propia de las relaciones contractuales *inter privatos* del Derecho Común. Trabajador y empresario no pueden gestar un entramado de contrapartidas equilibrado, de no ser por la existencia de reglas jurídicas obligatorias proporcionada por terceros a la relación individual (Legislador de las normas laborales/interlocutores sociales firmantes de convenios colectivos aplicables).

Por eso, cuando la relación jurídica asalariada pretende ser desdibujada bajo formas de trabajo autónomo (siquiera económicamente dependiente), en las que no se dan realmente los presupuestos de la libre contratación y del trabajo por cuenta propia, entonces las contrapartidas no pueden desplegar su

³⁵ Porque no queda alegar procedencia del despido por causas tecnológicas en procesos unilaterales de digitalización de la producción por la empresa.

función reequilibrante, y el Derecho Social pierde potencia para ordenar el Trabajo conforme a la idea de Justicia Social.

Parte de la resiliencia, entonces, del Derecho Social se apoya en rearmar la relación jurídico laboral individual, para garantizar la imbricación de contrapartidas justas³⁶.

De esta forma, la prestación de servicios (en régimen de ajenidad y dependencia) tiene una contrapartida nuclear, la remuneración; que, si bien cabe que se configure a partir de la autonomía de la voluntad de las partes, ha de hacerlo a partir de unos mínimos legales indisponibles (salario minio interprofesional/salario mínimo de convenio), sin que quepa imponer unilateralmente un elenco de precios o tarifas por la parte empresarial.

3.2. Salario y remuneración

Es cierto que el salario *stricto sensu* se define legalmente como la contrapartida esencial y originaria, y las percepciones extrasalariales quedan anejas, sin ese valor de contraprestación genuino aparente. Sin embargo, sí lo serían por ser cantidades adeudadas como consecuencia o con ocasión del trabajo. De ahí que no se pueda desligar una causa laboral en su devengo.

3.2.1. Lo salarial y extrasalarial

³⁶ Eso es lo que ha sucedido en España en los dos últimos años. El trabajo de los riders, en apariencia, responde al sinalagma clásico: hay dos obligaciones esenciales en torno a un objeto -el trabajo- que es un producto de tracto único... Esa idea de la fragmentación de la prestación en encargos es una de las causas de su reconducción inicial a la vertiente del trabajo autónomo. Como si cada entrega de un pedido fuera una operación única y aislada desarrollada en régimen puramente mercantil. Sin embargo, si se opta aquí por una idea de ajenidad y subordinación que globaliza las operaciones simplificadas al máximo, para aglutinarlas en una operación conglomerada de entrega de los pedidos (microoperaciones de tracto único anudadas) que sean requeridos, entonces se agota la idea de la no-laboralidad. Si a ello se suma la existencia de una aplicación que rige la organización del trabajo, entonces se produce el fenómeno provocado por la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2020 (rec. 4746/2019) y el Real Decreto-ley 9/2021, de 11 de mayo, por el que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales.

El salario mínimo interprofesional parece ser la contrapartida mínima obligatoria impuesta por el Legislador, ante la posibilidad de que en la negociación individual (o colectiva), no se respete el equilibrio mínimo. Ser conformaría así, como línea de resiliencia, como margen máximo de ductilidad jurídica que ofrece el Derecho Social.

La obligación de prestación de servicios, a su vez, se define a través de ciertas características, las condiciones de trabajo, que actúan de moduladores de la contrapartida remuneratoria. De esta suerte, los complementos salariales evidencian de una forma más clara su condición de contrapartidas, puesto que son la contraprestación a modulaciones concretas de la prestación de servicios (grado de experiencia, trabajo nocturno, turnicidad, disponibilidad horaria, ejercicio de labores de jefatura, desempeño y productividad, horas de trabajo extraordinarias respecto de la jornada ordinaria inicialmente pactada, por señalar algunas de las particulares formas de prestar el servicio).

Entre las percepciones extrasalariales convendría detenerse en las indemnizaciones por despido. Que, en el caso español permiten vislumbrar la presencia de contrapartidas funcionalmente protectoras de la persona trabajadora.

En el ámbito de la contratación privada pura, el incumplimiento de una parte tiene la facultad de extinguir el negocio y habilita a la resolución contractual, incluso con indemnización, si se acredita daño o se hubiere pactado expresamente.

Ese esquema solo se refleja simétricamente en el despido disciplinario calificado como procedente (art 55 ET), así como en la extinción judicial a instancia de la persona trabajadora (art 50 ET).

Suplementariamente, en el ámbito de la relación laboral individual, el ordenamiento español ha habilitado la posibilidad de que, cuando hay/no se acredita la causa disciplinaria, el sujeto empleador pueda extinguir la relación laboral. No obstante, ha de, como contrapartida, si no readmite a la persona

trabajadora injustamente despedida, abonar una indemnización tasada, que no responde al daño³⁷.

En el caso de los despidos declarados nulos, la doctrina judicial ha previsto la indemnización por daños morales, por cuanto la lesión de derechos fundamentales/ discriminación en la base del despido se considera potencial fuente de generación de daño³⁸.

La indemnización como contrapartida, sin embargo, puede visualizarse de modo más claro aún en los despidos por causas objetivas. En los que, sin que haya incumplimiento alguno, cabe que el empresario extinga la relación laboral alegando causas empresariales y/o ineptitudes/ inadaptaciones de la persona trabajadora. En esta fórmula, el vínculo contractual puede romperse a cambio de una compensación/ contrapartida indemnizatoria también legalmente tasada.

El diseño legislativo de estas contrapartidas puede tener mucho recorrido (incrementando las cuantías o reduciéndolas, por ejemplo), pero la mera existencia de la contrapartida actúa como herramienta de resiliencia del Derecho Social y su función tuitiva³⁹.

3.2.2. El tiempo del contrato como condicionante de la contrapartida

La función de la remuneración como contrapartida puede verse alterada por varios condicionantes referidos al tiempo, en su doble vertiente, como elemento de duración de la relación jurídica, y como coordinada del objeto de esa relación.

³⁷ Se trata, en puridad, de una perversión del esquema resolutorio clásico, porque se puede incumplir y extinguir unilateralmente una relación jurídica sin causa, a cambio de una contraprestación que es la indemnización. La cuestión última radicaría en como cuantificarla, qué límites tiene el Legislador para ello, o qué papel puede desempeñar el juez para recuantificar el daño. En efecto, que sea una indemnización tasada legalmente descompensa el valor de contrapartida, porque no valora esencialmente el daño y el lucro cesante, pero no admite una indemnización suplementaria si se acredita dicho daño.

³⁸ Es paradigmática la Sentencia del Tribunal Supremo, de 5 de febrero de 2013 (rec. 89/2012)

³⁹ En este ámbito, además, los salarios de tramitación (salarios que se hayan podido devengar durante el proceso de impugnación de un despido que finalmente es calificado como improcedente en sede judicial), que han tenido una regulación fluctuante, serían también objeto de debate, en lo que a su naturaleza (indemnizatoria o salarial) de contrapartida se refiere. Véase, <https://ignasibeltran.com/2014/11/20/salarios-de-tramitacion-naturaleza-salarial-notas-para-retomar-un-debate/>.

En primer lugar, el establecimiento de contrapartida tiene un condicionante, el de la duración del vínculo, que puede distorsionar la contrapartida en el sentido que se ha estado tratando. En la legislación española se permite la contratación temporal sujeta a la causalidad diseñada por el Legislador (art 11 y 15 ET). Y se prevé, sin embargo, una indemnización por fin de contrato (de 12 días por año de servicio) cuando el periodo inicialmente pactado o ligado a la causa expira. Se suscita aquí la duda, en el esquema individual/ privado, de cual es la contrapartida de dicha indemnización. No se trata de una contrapartida con el mismo fundamento que el de las indemnizaciones por despido. Más bien se trata de una contrapartida abstracta, exigida al sujeto empleador, al que legislativamente se permite optar por la contratación temporal. Que, si bien tiene como destinatario directo al sujeto trabajador, se proyecta socialmente de modo colectivo (posibilita un mercado laboral con tasas de temporalidad). O dicho de otra manera, dado que el Legislador habilita al empleador a formas no indefinidas de contratación, en las que la parte trabajadora no tiene margen de maniobra, se fija una cuantía indemnizatoria referida a la extinción natural y necesaria -porque la causalidad tiene como efecto la conversión en indefinido de los contratos que se mantengan agotado el plazo predeterminado- del vínculo⁴⁰.

Además, el tiempo en su otra vertiente, como condición laboral-tiempo de trabajo, puede generar distorsiones en lo que se refiere a las fórmulas extraordinarias de prestación de servicios - bien sea por exceso (horas extraordinarias) o por defecto (en el trabajo a tiempo parcial y horas complementarias)-, y pueden condicionar la contraprestación misma⁴¹.

⁴⁰ En esa misma línea podría inscribirse aquella indemnización del despido procedente por causas objetivas. La doctrina *De Diego Porras* y la saga ulterior (STJUE de 14 de septiembre de 2016, asunto C-596/14, Ana de Diego Porras y Ministerio de Defensa, corregida por dos sentencias del mismo órgano de 5 de junio de 2018, asuntos C-574/16, (Grupo Norte Facility y Ángel Manuel Moreira Gómez) y C-677/16, y que han llevado derivas suplementarias en la jurisdicción europea y nacional después) pueden servir de marco, porque la causa extintiva tiene que ver con elementos económicos: las necesidades empresariales, a las que el Legislador da una potencia suplementaria en el juego de voluntades. En el fondo, surge de ahí la necesidad de homogeneizar la contraprestación en el caso de los contratos de interinidad.

⁴¹ Algo que requería, como muchas otras cuestiones, un tratamiento más particularizado, que no puede darse aquí, pero sirva señalar un ejemplo. El Legislador ha venido ajustando las contraprestaciones posibles a los excesos de jornada inicialmente pactada. De un modo esencial

3.3. Contrapartida y precariedad laboral

Es una ruptura del sinalagma inicial, las regulaciones iuslaborales regresivas han venido generando una vulneración de esquemas de contrapartidas que -podría considerarse- válidamente conformado. Y el efecto es que, después de 2012, es habitual que haya un sujeto que presta servicios sin recibir contraprestaciones esenciales/secundarias/alternativas -dígase- correctas.

En momentos de alternancia política, entonces, es plausible que se aborde la corrección del desequilibrio, a partir de la reformulación del Derecho del Trabajo /Derecho Social, en el que la idea de Trabajo Decente conforma un núcleo de resistencia a la mutación total de contrapartidas, por más que no pude dejar de ser un concepto adaptativo, acorde con el contexto jurídico-económico.

Y ese sentido, la intervención de la representación de los trabajadores (en sus manifestaciones polimorfos), en estructuras negociales supraempresariales, ha de ser elemento de garantía/resiliencia del Derecho Social como ordenamiento tuitivo⁴².

Como freno a la precarización, en el marco de la innovación social en la empresa, como complementos o contrapartidas alternativas, cabría idear fórmulas novedosas, no estrictamente monetarizables en cuantía remuneratoria

para hacer dispositivas por la negociación colectiva las contrapartidas legalmente previstas; pero también para articular esquemas de contrapartidas alternativas.

Así, para simplificar, en la norma convencional se habrá de regular si las horas extraordinarias se remuneran (con la contrapartida originaria) o alternativamente, se descansan. Y, a falta de pacto, se descansan. De este modo, si se observa, se introduce la posibilidad de que la contraprestación cambie de naturaleza (remuneración económica- descanso). Pero sigue existiendo, no queda muy claro si con la funcionalidad de reequilibrar justamente el exceso de prestación laboral, pero si como elemento irreductible de contrapartida laboral, inexistente en la esfera del trabajo autónomo.

En la dirección opuesta, la contrapartida puede ser insuficiente cuando se vincula proporcionalmente a la duración de la jornada, por ejemplo.

⁴² Especialmente cuando crece el Derecho laboral dispositivo. En efecto, el nivel negocial empresarial propugnado como preferente por la legislación de 2012 ha venido provocando precariedad como consecuencia de la reducción/eliminación de estándares contraprestacionales. En los ámbitos superiores, el equilibrio de la autonomía colectiva real permite diseñar contrapartidas individuales ajustadas a la negociación del intercambio de ventajas mutuas. Y, si por ejemplo, se opta por la contrapartida menos ventajosa en la compensación de horas extraordinarias, cabe diseñar nuevas contrapartidas salariales o extrasalariales.

Los bancos de tiempo, o los cheques servicio son paradigmáticos, pero, de nuevo, exceden los contornos de un trabajo como éste.

4. La contrapartida en el ámbito de la protección social

En el ámbito de la protección social española, el juego de las contrapartidas ha de articularse en torno dos niveles diferenciados: el de las prestaciones contributivas, y el de las prestaciones no contributivas.

Y no es cuestión baladí hacerlo dado que, en el primer caso, la reminiscencia asegurativa permite diseñar contrapartidas, conforme a esquemas *ius privatistas*, ligadas a un género particular de *sinalagma*, apoyado en la idea de causa; y, en el segundo caso, la solidaridad colectiva es un marco más difuso de organización de las relaciones entre el ciudadano y el Estado del Bienestar y de articulación de la causa de las prestaciones.

En sendos casos, sin embargo, subyace el axioma último del principio constitucional de suficiencia (ex art. 41 CE), ligado a la idea de prevención de la pobreza.

4.1. Contrapartidas contributivas

El sistema español de Seguridad Social no deja de responder al -denominado- modelo continental y, por lo tanto, inicialmente se estructura en torno a la creación de una relación jurídica pública y obligatoria entre el sujeto trabajador y la Administración de Seguridad Social (Estado) en orden a proteger la indemnidad económica de aquel en caso de necesidad vinculada a vicisitudes laborales.

Así, al sujeto asegurado se le exige una contribución (suya directamente y/o imputada a su empleador⁴³), que tendría una contraprestación eventual en el caso de que acontezca la situación de necesidad diseñada legislativamente. La

⁴³ A su vez, para el sujeto empleador las contribuciones sociales no dejan de ser contrapartidas individualizables, pero colectivas, del marco económico productivo que la sociedad habilita para su existencia misma, en el marco más general del Contrato Social y la libertad de empresa como *clausula originaria*.

eventualidad de la prestación pivota, primero, sobre la necesidad de cumplir ciertos requisitos y, segundo, obviamente, sobre la materialización de la situación misma. Una vez causada la prestación, su cuantía y duración se articularían atendiendo a la duración e intensidad de la contrapartida anticipada que constituye la cotización previa⁴⁴. En los términos fijados normativamente.

Esta relación jurídica, en la fase de aseguramiento y en la prestacional, no deja de ser de tracto sucesivo, de forma que resulta ser muy sensible a las eventuales reformas legislativas referidas. Que pueden endurecer las exigencias de contribución, y/o reducir la duración y cuantía de la protección.

Obviamente, el sujeto diseñador de la contrapartida sería únicamente el Legislador, que únicamente estaría vinculado, en realidad, por las reglas constitucionales y legales vigentes.

Aquí, de nuevo la resiliencia del Derecho Social puede sustentarse sobre la contrapartida, y los conceptos de expectativas de derechos, derechos expectantes y derechos adquiridos, en el entorno particular de las técnicas legislativas de Derecho Transitorio⁴⁵.

4.2. ¿Contrapartida Asistencial?

La contrapartida contributiva no existe en los esquemas protectores en los que se diseñan derechos a prestaciones independientemente de la consideración de persona trabajadora y/o persona asegurada. En este ámbito, el otorgamiento de una prestación se suele deber a la constatación de una situación de necesidad real, ligada a la carencia de recursos, que sufre una persona miembro de la comunidad⁴⁶. Esa idea asistencial del Estado Social tiene muchas intensidades, pero se apoya en la idea misma de Justicia Social, de

⁴⁴ Momento este en el que las formulas legales diseñadas para relativizar el principio de contributividad (inexigencia de periodos de carencia, integración de lagunas, teoría del paréntesis), provoca una disrupción en el despliegue de la teoría de la contrapartida, salvo que se realinee con justificaciones en torno a la solidaridad.

⁴⁵ QUINTERO LIMA, María Gema, *Derecho Transitorio de Seguridad Social*, Madrid: La Ley, 2006,

⁴⁶ En algunos casos se considera que hay una contrapartida difusa, anclada en la eventual contribución impositiva (directa o indirecta) del sujeto beneficiario, por su condición de persona ciudadana.

prevención de la pobreza como injusticia social⁴⁷ y, por ende, de Solidaridad Social/Nacional (territorial, intergeneracional...).

La Administración del Seguridad Social (Estado) otorga prestaciones a los sujetos en situación de necesidad acreditada, sin exigirle individualmente contrapartida contributiva anticipada alguna. Aunque sí podría exigirle contrapartidas de otra naturaleza (suscripción de un compromiso de actividad, por ejemplo) o sobrevenidas (seguimiento de procesos de orientación, formación, servicios comunitarios...).

5. Algunas -breves- consideraciones sobre la jubilación forzosa y las contrapartidas híbridadas

La regulación -histórica y actual- de la jubilación forzosa en España puede servir para evidenciar el modo en que las contrapartidas públicas y privadas pueden tener la cualidad de imbricarse en orden, a lo que aquí interesa, componer un Derecho Social resiliente ante los embates de las exigencias económicas en determinados contextos políticos a los que ha de responder el Legislador social de cada coyuntura.

En efecto, en la regulación de la jubilación forzosa que los distintos Legisladores españoles han venido llevando a cabo en los últimos cuarenta años, se ha puesto de manifiesto en cada ocasión de un modo más evidente, la fuerte imbricación que las distintas instituciones ius-sociales mantienen entre sí. Y cuán difíciles, contextuales y contingentes resultan ser las soluciones arbitradas para resolver las contradictorias internas. En este marco, quizás, las contrapartidas híbridadas puedan ser un ejemplo de contención de los potenciales desequilibrios que se puedan generar respecto de los diferentes sujetos implicados.

En España no ha dejado de ser habitual que en la configuración/reconfiguración del sistema de Seguridad Social se hayan infiltrado lógicas exógenas. De esta manera, más o menos indirectamente, mecanismos puros de

⁴⁷ En el sentido propuesto por Alain Supiot, que opone la idea de pobreza como flagelo natural y la idea de pobreza como injusticia social (SUPIOT, Alain, "La pobreza bajo el prisma del derecho" *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, nº 20, julio 2014, p. 82.)

Seguridad Social, se han convertido progresivamente en instrumentos tributarios de políticas económicas y, muy ligadas a ellas, de políticas de empleo⁴⁸.

De esto es ejemplo la institución de la pensión de jubilación, que ha servido para posibilitar a las empresas, de modo expreso o subrepticio, un cierto relevo generacional de sus recursos humanos sin costes especialmente gravosos. Esta finalidad, sin embargo, habría de cohonestarse con las exigencias de sostenibilidad financiera de los sistemas de pensiones. Algo que provocaba una tensión entre dos finalidades normativas (promoción de la vida laboral *versus* rejuvenecimiento de plantillas y fomento del empleo de personas desempleadas) y ha generado una problemática de congruencia jurídica y axiológica en nada desdeñable, porque el Legislador de Seguridad Social, en su política reformista ha estado tratando de hallar un equilibrio entre esos dos vectores contrarios, introduciendo novedades normativas en sendos sentidos, y que han resultado contradictorios a veces. Contradicción que, como en el caso de la jubilación forzosa se ha traducido en esa regulación pendular, del ser/del no-ser o, mejor dicho, permisibilidad/prohibición.

Pues bien, en el último ejercicio normativo en la materia, el Real Decreto-Ley 28/ 2018⁴⁹ incorporó, de nuevo, como fruto del consenso la habilitación convencional para establecer cláusulas de jubilación forzosa.

⁴⁸ En efecto, a través de una regulación que ha favorecido el acceso a la pensión de jubilación de los trabajadores de más edad se ha pretendido incentivar la contratación de trabajadores desempleados y de menor edad. Y en esta lógica se han insertado las medidas legislativas ligadas al mantenimiento perenne de la jubilación –teóricamente transitoria- anticipada de los mutualistas antes del 1 de enero de 1967, así como la regulación inicial de la jubilación para el fomento del empleo a los 64 años, la jubilación parcial o la –presunta- habilitación legal contenida en las aquí tratadas –tormentosas- disposiciones adicionales quinta, después décima del Estatuto de los Trabajadores (ET), en las que se ha regulado la institución de la jubilación forzosa. Como manifestación de una tendencia contraria, en contraposición a lo anterior, desde finales de los años 90, se ha tratado de incentivar la prolongación de la vida activa (fomentando el mantenimiento en el empleo de los que trabajadores de edad madura que ya están empleados). Así, si se observa, como el objetivo de la prolongación de la vida laboral (que entraña la restricción al abandono prematuro del mercado), contextualizado en un marco comunitario en el que se ha diseñado y se imponen políticas de empleo, se encuentra de frente y choca con ese objetivo más antiguo de (a través de la instrumentalización de la prestación de jubilación) regular, regenerar y flexibilizar el mercado de trabajo.

⁴⁹ “Disposición final primera. Modificación del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre. Se modifica la disposición adicional décima del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, que queda redactada en los siguientes términos: «Los convenios colectivos podrán establecer cláusulas que posibiliten la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por parte del trabajador de la edad legal de

Desde su origen, la pensión de jubilación se ha conformado como un derecho de protección de las personas trabajadoras de mayor edad. No ligado necesariamente a su ineptitud sobrevenida, sino al premio de atesorar una carrera profesional y de cotización dilatada⁵⁰.

Pues bien, ese principio de protección se debilita cuando a la jubilación se le otorga una función nueva, la de ser una medida de fomento del empleo⁵¹. La protección de la persona pensionista potencial se vuelve más difusa, y la centralidad de la institución queda referida ya no a la persona que se jubila sino a la colectividad.

La eventual consecución de oportunidades de empleo para personas desempleadas, o empleadas en régimen de inestabilidad contractual, permite sacrificar individualmente el contrato de una persona trabajadora en activo que alcanza la edad pensionable. Como si un presunto pacto social exigiera el tránsito obligado, y minada la libre voluntad de la persona trabajadora de edad. En ese esquema entonces, de un contrato social implícito se habría de diseñar una garantía publicitada: la de exigir que el sujeto pueda alcanzar una pensión de jubilación porque cumple la carencia Y que alcance una pensión suficiente/digna atendiendo al número de años cotizados; lo que se materializa –tras el Real Decreto-Ley 28/2018- en una pensión del 100 % de la base reguladora.

Junto a esa garantía pública, el instrumento normativo convencional, y la autonomía colectiva misma actuarían como garantía privada. Garantía del equilibrio efectivo de los intereses implicados en las políticas de empleo y las

jubilación fijada en la normativa de Seguridad Social, siempre que se cumplan los siguientes requisitos: a) El trabajador afectado por la extinción del contrato de trabajo deberá cumplir los requisitos exigidos por la normativa de Seguridad Social para tener derecho al cien por ciento de la pensión ordinaria de jubilación en su modalidad contributiva. b) La medida deberá vincularse a objetivos coherentes de política de empleo expresados en el convenio colectivo, tales como la mejora de la estabilidad en el empleo por la transformación de contratos temporales en indefinidos, la contratación de nuevos trabajadores, el relevo generacional o cualesquiera otras dirigidas a favorecer la calidad del empleo”.

⁵⁰ Esa idea es la que ha venido subyaciendo a las sucesivas legislaciones del sistema de Seguridad Social. Hasta el punto de que la condición de pensionista potencial ha venido justificando complicados regímenes transitorios de aplicación de las reformas normativas en el tiempo.

⁵¹ RIVERO LAMAS, J. “La jubilación como medida de fomento del empleo”, en LOPEZ CUMBRE, L. (Coord.) *Tratado de jubilación*. Iustel, Madrid, 2007, pp.1039-1097.

transiciones laborales. Porque las partes negociadoras de los convenios estatutarios estarían legitimadas para la representación de los intereses generales enfrentados: los de empresarios y los de trabajadores, y los de sujetos trabajadores -senior-en activo y de las personas desempleadas.

De tal modo que es en ese ámbito negocial en el que la jubilación forzosa se debe imbricar con las demás políticas de empleo, como contrapeso a las exigencias vinculadas a la creación de empleo, de mayor calidad y la empleabilidad del empleo de las personas trabajadoras jóvenes.

Desde la perspectiva del diseño de contraprestaciones, se vuelve a poner de manifiesto una Triple Tensión, que se puede sintetizar en:

1) La tensión que opone la necesidad empresarial de minorar o rejuvenecer plantillas, a la sostenibilidad del sistema de Seguridad Social, que se concreta en la necesidad de mantener los recursos (cotizaciones) del sistema y reducir los costes (en pensiones vitalicias)

2) la tensión que se produce en torno a la elasticidad o no de la autonomía colectiva y los márgenes negociales. O de un modo más concreto, la que se refiere a la amplitud de la acción colectiva: políticas de empleo en la negociación colectiva versus reserva legal de las materias referidas a extinción contractual & jubilación; y,

3) La tensión que opone el derecho individual de la persona trabajadora al trabajo (a su contrato vigente, y a jubilarse libremente) a la expectativa del derecho al trabajo de un desempleado o la expectativa de una mejora de empleo del trabajador más precario.

De esta forma, desde el punto de vista individual, la contraprestación de la extinción obligatoria del contrato de la persona trabajadora -que alcanza la edad pensionable y tendría derecho a una pensión a tarifa plena- no se desenvuelve en el ámbito de la empresa, sino en el de la Protección Social, por cuanto accede a una pensión de jubilación, de cuantía suficiente, que ha venido generando. Elemento inherente de esa contrapartida es, obviamente, el blindaje normativo a las extinciones forzosas sin cumplir los requisitos prestacionales.

Por su parte, al sujeto empleador, al que se le permite extinguir forzosamente los contratos de las personas trabajadoras de mayor edad, se le

exige como contrapartida la realización de nuevas contrataciones, con requisitos innegociables, que materialicen el relevo generacional.

Pero habría de identificarse también algunas contraprestaciones colectivas, que se despliegan en la órbita pública de las políticas de empleo. De una parte, el sistema de Seguridad Social ha de asumir el coste de pensiones de jubilación referidas cuantías del 100% de las bases de contribución, pero la contratación vinculada de personas jóvenes y/o en situación de desempleo garantizaría nuevos ingresos como consecuencia de la incorporación de nuevas personas cotizantes, y la eventual disminución de costes ligados a la protección por desempleo y/o otras prestaciones asistenciales.

6. La Resiliencia del Derecho Social, las Transiciones Justas en clave de contrapartidas y el ensayo de la legislación COVID19

Podría afirmarse, siquiera para dejar apuntada la idea, que la pandemia y las reacciones legislativas unilaterales y las que han sido resultado del Diálogo Social han acelerado en España la germinación transformadora del *status quo* que había provocado la crisis económica de 2008. Y parece haber sido posible gracias a las ideas seminales que el concepto de Transición Justa⁵² (que nace vinculado a las transiciones energéticas y demás transformaciones para frenar el cambio climático, pero que después se ha multiplicado para referirse a otros ámbitos, como el de la digitalización) ya había puesto en evidencia que podrían provocar la disrupción respecto a las corrientes neoliberales imperantes y que, en lo que al Derecho Social se refiere, habrían podido provocar su contracción.

La pandemia, sin embargo, dota de urgencia a la necesidad de resolver la problemática exponencial que las desigualdades sociales que afloran, (que se ha hecho patentes que eran consecuencia de las reformas regresivas), así como

⁵² “Just Transition” en el origen anglosajón, entendida en el se sentido de que “...refers to a policy platform that advocates legal and policy responses and planning that recognizes the need for economies to transition to lower carbon economic activity, while at the same time respects the need to promote decent work and a fair distribution of the risks and rewards associated with this transition” (DOOREY, David J. “Just Transitions Law: Putting Labour Law to Work on Climate Change”, *Journal of Environmental Law and Practice* 30 (2), 2017, p. 207)

de preservar los estándares (de empleo y protección social) que se habían mantenido incólumes a pesar de esas reformas.

Así, el Legislador español desde marzo 2020 ha llevado a cabo reformas normativas innovadoras, tanto desde un punto de vista técnico-jurídico, cuanto socioeconómico. Por simplificar (porque se precisarían muchas páginas suplementarias para una reflexión mas exhaustiva), se han diseñado nuevas fórmulas de contrapartida y se han organizado entramados de contraprestaciones públicas y privadas cuya finalidad última es la de la salvaguardar el mayor espacio posible de Justicia Social, especialmente en la vertiente de la prevención y eliminación de cualquier forma de pobreza.

Llámesese la atención sobre algunos supuestos, tales como:

1) Creación de un tipo de permiso retribuido recuperable⁵³ *ex novo*, conforme al cual la persona trabajadora que no pudiera acogerse a un sistema de teletrabajo, y no pudiera acudir al trabajo por no pertenecer a sectores esenciales, mientras se impusiera la situación de confinamiento general de la población, mantenía el derecho al salario, aunque no prestara servicios para el sujeto empleador. La contrapartida asumía la forma de una eventual sobrejornada ulterior que recuperase los periodos de inactividad.

2) Creación de prestaciones de Seguridad Social nuevas, unas con carácter excepcional -el subsidio por desempleo total o parcial para empleadas del hogar⁵⁴- otra con carácter permanente- el ingreso mínimo vital⁵⁵, y algunas con pretendido carácter coyuntural pero que podría perpetuarse más allá, como las prestaciones de incapacidad temporal ligada a la alteración de la salud por Covid19 o a la mera necesidad de aislamiento preventivo en caso de patología asintomática o por contacto⁵⁶.

⁵³ Real Decreto-ley 10/2020, de 29 de marzo, por el que se regula un permiso retribuido recuperable para las personas trabajadoras por cuenta ajena que no presten servicios esenciales, con el fin de reducir la movilidad de la población en el contexto de la lucha contra el COVID-19.

⁵⁴ Art. 30 y siguientes del Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19.

⁵⁵ Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el ingreso mínimo vital.

⁵⁶ Reales decretos-Ley 6/2020 de 10 de marzo, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en el ámbito económico y para la protección de la salud pública; , 7/ 2020 de 12 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes para responder al impacto económico del

3) Potenciación de las fórmulas de suspensión colectiva temporal de empleo (ERTES)⁵⁷, total o parcial, mediante la bonificación de las contribuciones empresariales. Estas exoneraciones de contribución actúan como contrapartida al mantenimiento del empleo por el ejercicio de una opción por fórmulas de flexibilidad interna en lugar de por formulas extintivas.

4) Imposición, salvo causas productivas acreditadas, del teletrabajo como forma de trabajo preferente, alternativa a la prestación laboral en los centros de trabajo⁵⁸.

5) Perfeccionamiento del derecho individual de las personas trabajadoras a la adaptación de jornada⁵⁹.

Pues bien, todos esos supuestos (y otros muchos en el ámbito del derecho Social y en otros conexos), se apoyan en una idea renovada de Sostenibilidad Social, en la que se inserta el Trabajo Decente, o la reducción de la pobreza, por señalar vectores nucleares. Y que materializan esa idea de Justicia Social de un modo más concreto como exigencia de “*no dejar a nadie atrás*”. Mantra en el que, en definitiva, también se fundamentan las propuestas de Transiciones Justas (las verdes, las digitales...)

Ese gran postulado axiológico puede articularse a partir de una textura de contrapartidas diversas, públicas, privadas, individuales, colectivas, que podrían robustecer las fronteras del Derecho Social e intensificar el *corpus* de derechos iuslaborales, sociales y económicos que se han visto afectados por tendencias opuestas en los años precedentes.

COVID-19, y 13/2020 de 7 de abril, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en materia de empleo agrario.

⁵⁷ Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 y la saga ulterior de normas de prórroga y ajuste.

⁵⁸ Art 5 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, y que ha provocado la regulación en España de esa institución. Así en el RD ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia, y convertido en ley 10/2021, de 9 de julio de trabajo a distancia se ha procedido a regular el teletrabajo superando la excepcionalidad inicial, para articular un entramado ordenado de contrapartidas claras.

⁵⁹ Art 6 de la misma norma.

Concomitantemente, también la nueva RSE⁶⁰ como herramienta en clave de sostenibilidad podría articular la sensibilidad empresarial y de la representación de los trabajadores para detectar juegos ajustados de contraprestaciones *gagne-gagne*.

Obvio resulta que no es factible profundizar mucho más, so pena de extender de modo impertinente una contribución de estas características. Quedaría pendiente pues.

⁶⁰ QUINTERO LIMA, María Gema. “Derecho Social, sostenibilidad y nuevas formas de responsabilidad empresarial en un contexto pandémico disruptivo”. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* núm. 57 (2020), 50 p.

Bibliografía

- CALVO GALLEGO F. J. y GOMEZ-ALVAREZ M.R. (Dir.) (2017). *Trabajadores pobres y pobreza en el trabajo*. Murcia, Laborum.
- CRUZ VILLALÓN, J. (2020). “Técnicas jurídicas en la regulación de las medidas laborales y de Seguridad Social ante la crisis sanitaria por el coronavirus”, *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, nº 1, Universidad de Cádiz.
- DOOREY, D. J. (2017). “Just Transitions Law: Putting Labour Law to Work on Climate Change”, *Journal of Environmental Law and Practice* 30 (2).
- PALOMEQUE LOPEZ, M. C. (2010). “La versión 2010 de la reforma laboral permanente”, EN GARCIA-PERROTE ESCARTN, I. Y MERCADER UGUINA, J.R. (Dir.) *La reforma del mercado de trabajo*. Valladolid: Lex Nova.
- PONCE SOLE, J. (2013). *El derecho y la (ir) reversibilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadanos Las líneas rojas constitucionales a los recortes y la sostenibilidad social*. INAP.
- QUINTERO LIMA, M. G. (2006). *Derecho Transitorio de Seguridad Social*, Madrid: La Ley.
- QUINTERO LIMA, M. G. (2020). “Derecho Social, sostenibilidad y nuevas formas de responsabilidad empresarial en un contexto pandémico disruptivo”. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* num 57.
- RIVERO LAMAS, J. (2007). “La jubilación como medida de fomento del empleo”, en LOPEZ CUMBRE, L. (Coord.) *Tratado de jubilación*. Iustel, Madrid.
- RODRIGUEZ ROSADO, B. (2013). *Resolución y sinalagma*. Madrid, Marcial Pons.
- SUPIOT, A. (2014). “La pobreza bajo el prisma del derecho” *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, nº 20, julio.

**LAS VICISITUDES DE LAS RELACIONES LABORALES EN LAS
SOCIEDADES ESPAÑOLAS DE INTERES SOCIAL**

**THE VICISIONS OF LABOR RELATIONS IN SPANISH
SOCIETIES OF SOCIAL INTEREST**

Carlos José MARTÍNEZ MATEO

Doctor en Ciencias sociales y Jurídicas. Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Almería, España. Acreditado contratado doctor por Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación (ANECA).

carlomatt@ual.es

Fecha de envío: 04/08/2021

Fecha de aceptación: 01/11/2021

LAS VICISITUDES DE LAS RELACIONES LABORALES EN LAS SOCIEDADES ESPAÑOLAS DE INTERES SOCIAL

Carlos José MARTÍNEZ MATEO

Universidad de Almería (España)

Resumen: Lo más importante de una sociedad de interés social son las personas que la componen, pues gracias a ellas y a los ingresos que aportan por su trabajo, sus familias encuentran garantizada su supervivencia y bienestar. En España, el ejemplo más característico que nos servirá de muestra son las denominadas cooperativas de trabajo. Al igual que también podría plantearse en el cooperativismo uruguayo, la cuestión se centra en qué sucede en España con esos ingresos si el sujeto no puede ir a trabajar por una serie de vicisitudes como las relativas a la imposibilidad de trabajar por un accidente o enfermedad común o profesional, la dedicación a los cuidados de familiares, el cumplimiento de sanciones penales, entre otros, y que como tales, ocasionan una alteración del cumplimiento de las obligaciones laborales, que dan lugar a un periodo de suspensión temporal o interrupción de su contrato de trabajo.

Palabras clave: Cooperativas españolas de trabajo - Trabajadores - Suspensión - Contrato de trabajo

Sumario: 1. Introducción. 2. La suspensión de los contratos a iniciativa del empresario fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. 3. Las causas suspensivas de la relación laboral por razones penales. 4. El impedimento para trabajar temporalmente por accidente de trabajo o enfermedad profesional. 5. La seguridad y la salud de la trabajadora gestante. 6. El nacimiento y la adopción como causas suspensivas de la relación laboral. 7. Las excedencias en España y sus clases. 7.1. Las aportaciones en la materia

realizadas por la ley 39/99 (ley sobre la conciliación de la vida familiar y laboral.

8. Conclusiones.

Abstract: The most important thing in a society of social interest are the people who compose it, because thanks to them and the income they contribute from their work, their families find their survival and well-being guaranteed. In Spain, the most characteristic example that will serve as a sample are the so-called work cooperatives. As it could also arise in the Uruguayan cooperative movement, the question focuses on what happens in Spain with this income if the subject cannot go to work due to a series of vicissitudes such as those related to the impossibility of working due to an accident or common illness or professional, dedication to the care of family members, compliance with criminal sanctions, among others, and that as such, cause an alteration of the fulfillment of labor obligations, which give rise to a period of temporary suspension or interruption of their employment of their employment contract.

Key words: Spanish work cooperatives - Workers - Suspension - Employment contract

Summary: 1. Introduction. 2. The suspension of contracts at the initiative of the employer based on economic, technical, organizational or production reasons. 3. The suspensive causes of the employment relationship for criminal reasons. 4. The impediment to work temporarily due to an accident at work or professional illness. 5. The safety and health of the pregnant worker. 6. Birth and adoption as suspensive causes of the employment relationship. 7. Leave of absence in Spain and its classes. 7.1. The contributions on the matter made by law 39/99 (law on the reconciliation of family and work life. 8. Conclusions.

1. Introducción

Las empresas españolas pueden adquirir diversas formas jurídicas, quedando encuadradas dentro del grupo de sociedades de interés social.

Según la Real Academia Española “el interés social es el interés común de los socios en una sociedad”, este consiste, comprensiblemente, en la maximización sostenida del valor económico de la empresa.

Estas sociedades, a través de una multiplicidad de formas están constituidas por personas las cuales se asocian para realizar una actividad empresarial dirigida a la satisfacción de necesidades, su carácter de asociación libre y voluntaria, y su democracia interna, son elementos que les dan un sesgo muy especial (AA.VV. BERTULLO, J; ISOLA G; CASTRO, D.).

En España, el ejemplo más característico que nos servirá de muestra y punto de partida para estudiar las relaciones laborales de sus trabajadores, son las sociedades españolas de interés social, de las cuales tomaremos siempre como ejemplo específico y en adelante las cooperativas de trabajo o simplemente cooperativas). Estas entidades carentes de ánimo de lucro, poseen unos principios de funcionamiento democráticos, se encuentran dotadas de personalidad jurídica, y están compuestas por personas físicas las cuales con total libertad aportan capital y trabajo, con una responsabilidad tan sólo limitada al capital aportado.

Si bien el legislador Uruguayo no ha optado por la existencia de una única ley general que contenga y sistematice la regulación para todas las expresiones del cooperativismo, si no que ha diseñado un cuerpo de leyes donde “cada una de las cuales regula una modalidad o un conjunto de modalidades cooperativas” (CAZERES. 1994. P. 35.), en España el marco cooperativista de alcance nacional viene regulado por la Ley 27/99 de 16 de julio, de Cooperativas.

A tenor de lo expresado, el papel de la cooperativa es trascendental, pues tanto en uno como en otro país, existen sobre estas expectativas particularmente importantes y en ambos casos cumplen con un gran papel social pues gracias a ellas y a los ingresos que aportan por su trabajo, las familias encuentran garantizada su supervivencia y bienestar.

La cuestión objeto de estudio, se centra fundamentalmente en qué sucede si el sujeto que es miembro de esa sociedad o cooperativa, no puede ir a trabajar por una serie de vicisitudes que den lugar a la suspensión de su contrato.

Veamos en este sentido y desde el punto de vista legal, aquellas circunstancias suspensivas más controvertidas que verdaderamente ocasionan una alteración del cumplimiento de las obligaciones laborales de éstos, y que hacen necesario para ellos un periodo de suspensión temporal que abarca desde el cumplimiento de las obligaciones de éstos en la prestación de su trabajo en los términos del artículo 84.1 de la Ley 27/99 de Cooperativas, (en adelante LC) como del disfrute de los derechos económicos fruto de dicha relación jurídica.

En el seno de las cooperativas de trabajo estas causas, así como las consecuencias que ocasionan la citada suspensión de las obligaciones contractuales, se establecen en un primer momento atendiendo a la naturaleza de la relación laboral del socio/ cooperativista, en el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Estatuto de los trabajadores, (en adelante denominado con las siglas ET), en su artículo 45.

2. La suspensión de los contratos a iniciativa del empresario fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción

En España, la suspensión del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, para los trabajadores por cuenta ajena, es un aspecto muy en uso dentro de todas las sociedades mercantiles.

Esta vía legal, en términos generales obedece a un procedimiento establecido denominado "Expediente de regulación de empleo". En este sentido, la legislación que prevé esta regulación para las sociedades españolas de interés social o cooperativas, presenta matices diferenciadores del conocido procedimiento administrativo general, articulado en el art. 47 ET (ERE o Expediente de regulación de empleo), en relación con el art. 51 ET (ERTE o Expediente de regulación de empleo temporal). A pesar de lo que dispongan dichos preceptos, los cuales conservan un contenido equivalente al anterior

Estatuto de los trabajadores de 1995 (RDLeg. 1/1995 de 24 Marzo), la aparición del Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprobó el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada trajo como novedad prescindir de la habitual autorización administrativa del Ministerio de Trabajo español (Actual Ministerio de Trabajo Migraciones y Seguridad Social).

Desde entonces, el empresario debe enviar al citado Ministerio y a los representantes legales de los trabajadores, una copia de la comunicación referida en el art. 17 del R. D 1483/2012, de 29 de octubre, así como la documentación señalada en su art. 18.

La obligación más importante en este momento que ha de cumplir el empleador, es la de transmitir toda la información sobre la composición de las diferentes representaciones de los trabajadores, la relativa a los centros de trabajo que carezcan de representación unitaria y, en su caso, las actas relativas a la atribución de la representación a la comisión.

Una vez que el Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social haya recibido la comunicación de iniciación del procedimiento de suspensión de contratos o reducción de jornada, dará traslado inmediato de la misma.

Si la comunicación de iniciación del procedimiento de suspensión de contratos o de reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, no reuniese los requisitos exigidos, la autoridad laboral así se lo advertirá al empresario, remitiendo con ello copia del escrito a los representantes de los trabajadores y a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Es importante señalar que, si durante el periodo de consultas la Inspección de Trabajo y Seguridad Social observase que la comunicación empresarial no reuniese por cualquier causa los requisitos exigidos, ésta dará traslado a la autoridad laboral mediante notificación para que proceda conforme a lo dispuesto en la ley.

Una vez haya acabado el ciclo de consultas en los términos del artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores, el empresario con la diligencia debida, comunicará en tiempo y forma a los trabajadores y al Ministerio de Trabajo,

Migraciones y Seguridad Social, la puesta en marcha de la suspensión de contratos, la cual comenzará a desplegar sus efectos desde el momento que éste comunique su decisión al citado Ministerio. Dicha autoridad laboral comunicará la decisión empresarial a la entidad gestora de la prestación de desempleo.

Trasladando la óptica al ámbito de los trabajadores de las cooperativas que venimos refiriendo en este estudio como “de trabajo”, o también denominadas por la ley española como “de trabajo asociado”, estas causas de suspensión aparecen reguladas en los art. 84.1 f) LC para todo el país.

El aspecto más relevante que ofrece esta regulación en el ordenamiento laboral español, sigue siendo el procedimiento que se lleva a cabo para conseguir el periodo suspensivo de la relación laboral; en este sentido, se puede apreciar un matiz diferenciador respecto al derecho laboral, por cuanto “se atribuye a la Asamblea General” (FUENTES FERNÁNDEZ 2002. P. 107), y no al empresario la competencia para “declarar la necesidad de que, por alguna de las mencionadas causas, pasen a la situación de suspensión la totalidad o parte de los socios trabajadores que integran la cooperativa, así como el tiempo que ha de durar la suspensión y designar los socios trabajadores concretos que han de quedar en situación de suspensión”.

3. Las causas suspensivas de la relación laboral por razones penales

La suspensión del contrato de trabajo se encuentra regulada en los arts. 45 a 48 ET. Dicha suspensión temporal de las obligaciones básicas de trabajador y empresario en muchas ocasiones implicará para este primero una reserva del puesto de trabajo o bien la pérdida del mismo.

No obstante, aunque el Estatuto de los Trabajadores no defina la suspensión del contrato laboral expresamente, si hace referencia entre las causas suspensivas aquellas que han tenido lugar por razones de índole penal. En este sentido, nos referimos en particular a la establecida específicamente en el art. 45.1.g) ET, es decir, la suspensión de la relación laboral del trabajador por privación de libertad, mientras no exista sentencia condenatoria. En este lapso

temporal, las partes contratantes estarán libres de cualesquiera de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo, pero una vez pronunciada sentencia, es cuando desaparecerá dicha causa de suspensión y renacerán como es obvio, todas aquellas obligaciones propias de la relación laboral.

No obstante, si el trabajador no se reincorporase a su puesto de trabajo, el Tribunal Supremo, de manera esclarecedora, establece a través de su Auto (Rec 1495/2008 de 8 de Enero de 2009), cuales serían los cauces legales de extinción de su relación laboral:

A) Despido disciplinario -art. 49, núm. 11 en relación con el 54.2, a), ambos del ET - en base a las faltas repetidas e injustificadas de asistencia al trabajo.

B) Incardinando la inasistencia al trabajo dentro de la causa prevista en el art. 49, núm. 4 del mismo Cuerpo Legal, (dimisión del trabajador).

Sobre esta causa de extinción por la "privación de la libertad, mientras no exista sentencia condenatoria, el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 16 de Junio de 2006, señala que esta causa suspensiva si encuentra su sentido legal pues "se asienta en el principio penal de "presunción de inocencia", hasta la fecha en que recaiga sentencia condenatoria firme, y por ello la situación provisional no debe producir "per se" el efecto que legalmente produce la sentencia condenatoria penal. Máxime, como antes se ha dicho y ahora se repite, en un supuesto en que el nuevo hecho no afecta, en forma alguna, a la situación jurídica del empleador, cuya relación laboral con el preso ya se encuentra suspendido por la causa anterior, y, luego, concurrente de incapacidad temporal".

En el ámbito de las sociedades españolas de interés social o cooperativas de trabajo tratadas en cuestión, esta causa de suspensión también aparece prevista en el art. 84.1.d) LC, de cuya lectura se evidencia una absoluta identidad con la regulación citada, confluyendo que, la situación suspensiva se verá prolongada hasta tener lugar el pronunciamiento del órgano judicial competente.

En el supuesto donde la sentencia fuere absolutoria para el trabajador (FUENTES FERNÁNDEZ 2002 P.106), se pondría fin a la suspensión de la

prestación, con la consiguiente reanudación de la relación laboral; mientras que, si fuere condenatoria, no implicaría una extinción automática de la relación; sino que ésta tendría lugar al producirse el necesario número de faltas de asistencia para que el empresario pudiese actuar conforme a lo previsto en los arts. 54.2 a) ET, que le permitiría proceder al despido disciplinario.

En el ámbito laboral, esta causa de extinción del contrato de trabajo, constituye una institución clave en el equilibrio de intereses establecidos legalmente entre las partes. En este sentido debe matizarse que, llegados a la extinción, es esta privación de libertad “personal” la que se convertirá en la justificación legítima que ha determinado el fin de la relación laboral, pues uno de los principios inspiradores de la extinción de la relación de trabajo es precisamente el principio de libertad personal.

Dicho principio, alude a la circunstancia donde, el deber de la prestación de servicios comprometidos por el trabajador, incidirá en si mismo y sobre su esfera personal, es decir, el compromiso libre contraído inicialmente (la ejecución del trabajo) deberá realizarse por el propio trabajador de forma que no delegue en nadie ni pueda transferir en otros su compromiso, es por ello que la irrupción de la condena (pena privativa de libertad o medida de seguridad) impedirá que el trabajador comprometa a su persona, su tiempo y su propio esfuerzo.

Frente a este inconveniente, cabe señalar que el Principio de estabilidad en el empleo, tratará de proteger la continuidad del contrato de trabajo del condenado, como valor que, en principio, podría satisfacer indistintamente los intereses de ambas partes del contrato, pues la intervención legislativa se concentra en la tutela del interés del trabajador. La posición de debilidad contractual del trabajador condenado, se protege a través de unas causas tasadas previstas legalmente como justificativas a la hora de proceder a la resolución contractual.

El artículo 35 de la Constitución Española en su primer epígrafe, reconoce constitucionalmente el derecho al trabajo, ello implica que, cuando este se encuentre en juego en el momento de la extinción, dicho derecho sólo se hará eficaz en el momento en que tenga lugar el reingreso del trabajador en el mercado de trabajo y no sólo en una empresa concreta “sino también en el

mantenimiento de la vigencia de los contratos de trabajo ya celebrados” (CRUZ VILLALÓN 2021).

En este sentido no sólo la norma suprema del Ordenamiento jurídico español protege esta circunstancia, también, el TUE o tratado de funcionamiento de la Unión Europea y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea lo hacen posible. El primero de ellos, el Tratado, de una forma indirecta contempla para estos casos una posible intervención armonizadora de las instituciones europeas en materia de rescisión del contrato en clave de protección del trabajador según su artículo 153.1 letra T, en cuanto a la segunda, la Carta de Derechos Fundamentales a través de su artículo 30, protege de manera más eficaz al trabajador, dándole protección a su derecho a trabajar en caso de despido injustificado. La reinserción laboral del trabajador es y será una de las prioridades que deberán seguir llevando a cabo las legislaciones de la Europa de los 27

4. El impedimento para trabajar temporalmente por accidente de trabajo o enfermedad profesional

Cuando hacemos referencia al impedimento para trabajar, puede darse de manera temporal o definitiva por contingencias profesionales o comunes. No obstante, en España por ser estadísticamente la más frecuente de todas ellas la IT o incapacidad de carácter temporal, la abordaremos para averiguar cómo protege legalmente el Ordenamiento español a todos aquellos socios-trabajadores que hayan quedado impedidos temporalmente para trabajar debido a una enfermedad común o profesional o bien por un accidente, sea o no de trabajo. En esta línea y según el artículo 45.1 c) del ET, será en estas circunstancias cuando, tras la correspondiente baja médica, dichos trabajadores recibirán la asistencia sanitaria del Sistema de Seguridad Social español.

Además de lo señalado, también tendrán la consideración de situaciones determinantes de incapacidad temporal aquellos períodos de observación por enfermedad profesional en los que se prescriba la baja en el trabajo durante los mismos.

Las prestaciones económicas por estas contingencias, son la respuesta a la necesidad de los beneficiarios de percibir “una prestación próxima a las rentas que venía percibiendo, ya que las necesidades a las que tiene que hacer frente son similares, aunque se plantea la conveniencia de reducir la cuantía con objeto de incentivar la reincorporación a la vida activa v.gr., desempleo, incapacidad temporal” (MALDONADO MOLINA 2000).

En el Ordenamiento jurídico español, es el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social o LGSS, el que regula todos los aspectos sobre la determinación legal de este período de suspensión, así como la prestación económica por incapacidad temporal regulada en sus artículos art. 173-176

En este sentido, dicha prestación tratará de cubrir la falta de ingresos que se producirá cuando a causa de una enfermedad o accidente, el socio-trabajador/a se encuentre en estado de necesidad ante una imposibilidad temporal para seguir trabajando. También la LGSS de forma complementaria, precisará además en su artículo 128.1 la dotación de una asistencia sanitaria por parte de la Seguridad Social. El subsidio tendrá una duración máxima de trescientos sesenta y cinco días (12 meses), prorrogables por otros ciento ochenta días (6 meses) cuando se presuma que, durante ellos puede el trabajador ser dado de alta médica por curación, esto se recoge en el apartado 1.a, del artículo 169 LGSS.

Acorde a esta línea, el art. 48.2 ET, señala que los “efectos de la suspensión, con reserva del puesto de trabajo”, subsistirán durante un período de dos años cuando, conforme a las normas de Seguridad Social, se extinga esta situación por declaración de invalidez permanente en los grados de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez. En el caso de que a juicio del órgano de calificación, la situación de incapacidad vaya a ser previsiblemente objeto de revisión por mejoría se permitirá la reincorporación al puesto de trabajo.

Llegados a este punto, la actual legislación estatal de cooperativas matiza esta situación de manera diferente a como lo hace el derecho laboral (FUENTES FERNÁNDEZ 2002. P.100), pues el contenido del art. 84.2, párr.2º, establece

que, en el supuesto de incapacidad temporal si, de acuerdo con las leyes vigentes sobre Seguridad Social, el socio trabajador es declarado en situación de incapacidad permanente, éste cesará en su derecho de reserva del puesto de trabajo, y si fuese absoluta o gran invalidez, se producirá su baja obligatoria”.

Esta diferencia de matices legislativos entre la legislación laboral y cooperativista (a raíz de la regla contenida en el art. 48.2 ET, que imposibilita la extinción de la relación aunque se den los presupuestos exigidos); ha sido ocasionada por el legislador por tratar de conservar dentro el marco de la nueva legislación laboral el viejo y desfasado contenido del texto del art. 122 de la derogada Ley 3/87 de cooperativas (FUENTES FERNÁNDEZ 2002. P.100); cuya dicción si era compatible con el anterior Estatuto de los Trabajadores.

Con esta estrategia generadora de matices incongruentes por mantener literalmente las normas anteriores, se ha perdido la oportunidad de lidiar con la actual legislación laboral y se ha multiplicado la tarea jurisprudencial para solucionar todas aquellas controversias de interpretación normativa que se hayan derivado y deriven de este trabajo legislativo.

5. La seguridad y la salud de la trabajadora gestante

Uno de los aspectos más importantes relativos a la seguridad y la salud, ha venido marcado por la protección del Ordenamiento jurídico español a la trabajadora socia en las circunstancias de esperar el nacimiento de un hijo o hija. Este aspecto, tradicionalmente no ha tenido en España un tratamiento idéntico al de la trabajadora por cuenta ajena.

No obstante, es preciso señalar que, tras la proclamación de la Constitución Española de 1978 y al clamor social que impulsó los necesarios avances legislativos en materia laboral, la socia-trabajadora en estado de gestación ya si encuentra en España desde hace dos décadas un tratamiento similar equiparable al de la trabajadora por cuenta ajena.

Este gran paso, dado por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, ha hecho posible esta extensión equiparativa de los beneficios que

ya poseía la trabajadora por cuenta ajena en estado de gestación a la trabajadora social en esa misma circunstancia dentro del ámbito cooperativista, en virtud de su Disposición Adicional 1ª.

En este sentido, tal como señala textualmente el precepto: “Podrán acogerse a los beneficios establecidos en esta Ley los socios trabajadores o socios de trabajo de las sociedades cooperativas y trabajadores de las sociedades laborales, durante los períodos de descanso por maternidad, riesgo durante el embarazo, adopción y acogimiento, con independencia del régimen de afiliación de la Seguridad Social, en el que estuvieren incluidos, con las peculiaridades propias de la relación societaria”

Estas causas suspensivas de la prestación de trabajo dentro de las Sociedades españolas de interés social o cooperativista, son también situaciones protegidas por otras disposiciones del Ordenamiento jurídico español como como por ejemplo la Ley de Prevención de Riesgos laborales (MIÑAMBRES PUIG 1999) donde la mujer trabajadora puede cambiar de puesto de trabajo por otro compatible con su estado, en los términos previstos en el artículo 26.3 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.

Si esta alteración o cambio de puesto no resultase técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados sigue considerándose la situación de la trabajadora como una causa suspensiva y no extintiva de la situación protegida en los términos del artículo 186 LGSS.

Además, de lo señalado, la Ley española contempla la opción de que dicho periodo suspensivo de la prestación de trabajo pueda tener carácter prolongado en el tiempo gracias a lo dispuesto de forma complementaria por la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales. “BOE” núm. 269, de 10/11/1995, o LPRL, señalando expresamente en su artículo 26.3: “durante el período necesario para la protección de su seguridad o de su salud y mientras persista la imposibilidad de reincorporarse a su puesto anterior o a otro puesto compatible con su estado”.

Finalmente, esta prestación económica por riesgo durante el embarazo se reconocerá a la mujer trabajadora de la Sociedad española de interés social en

los términos y condiciones previstos este texto normativo y se identifica como una prestación económica derivada de contingencias profesionales según lo establecido por el Artículo 187.1 LGSS .

6. El nacimiento y la adopción como causas suspensivas de la relación laboral

Como es sabido, el nacimiento es entendido como el final del tiempo de gestación, tras nueve meses de embarazo que marca la paternidad, maternidad y filiación. En cuanto a la adopción es el vínculo jurídico, constituido por resolución judicial, entre los adoptantes y el menor adoptado, equivalente al producido con los hijos biológicos.

En este aspecto, en la legislación española se contemplan tales causas como suspensivas de la relación laboral en el 84.1 b) LC, en consonancia con los 45.1 d) ET, y 48.4.ET.

Es importante señalar que la actual redacción de este último citado artículo 48.4 es recogida por el apartado 12 del artículo 2 del R.D.Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación («B.O.E.» 7 marzo) .

En este sentido, y según lo dispuesto en el precepto: “El nacimiento, que comprende el parto y el cuidado de menor de doce meses, suspenderá el contrato de trabajo de la madre biológica durante 16 semanas, de las cuales serán obligatorias las seis semanas ininterrumpidas inmediatamente posteriores al parto, que habrán de disfrutarse a jornada completa, para asegurar la protección de la salud de la madre.

El hecho del nacimiento del hijo o hija del trabajadora supone por la vulnerabilidad física y responsabilidad maternal que ello conlleva, la suspensión del contrato de trabajo de la madre biológica durante 16 semanas, de las cuales serán obligatorias las seis semanas ininterrumpidas inmediatamente posteriores al parto, las cuales habrán de disfrutarse a jornada completa, para el

cumplimiento de los deberes de cuidado previstos en el artículo 68 del Código Civil.

En los casos de parto prematuro y en aquellos en que, por cualquier otra causa, el neonato deba permanecer hospitalizado a continuación del parto, el periodo de suspensión podrá computarse, a instancia de la madre biológica o del otro progenitor, a partir de la fecha del alta hospitalaria. Se excluyen de dicho cómputo las seis semanas posteriores al parto, de suspensión obligatoria del contrato de la madre biológica.

Debe señalarse llegados a este punto que, en los supuestos donde el parto haya sido prematuro presentando el neonato una falta de peso y en aquellos otros en que el nacido precise, por alguna condición clínica, hospitalización a continuación del parto, por un periodo superior a siete días, el periodo de suspensión se amplíe en tantos días como el nacido se encuentre hospitalizado, con un máximo de trece semanas adicionales, y en los términos en que reglamentariamente se desarrolle.

En el supuesto de fallecimiento del hijo o hija, el periodo de suspensión no se verá reducido, salvo que, una vez finalizadas las seis semanas de descanso obligatorio, se solicite la reincorporación al puesto de trabajo.

La suspensión del contrato con la Sociedades españolas de interés social por parte de cada uno de los progenitores por el cuidado de menor, una vez transcurridas las primeras seis semanas inmediatamente posteriores al parto, podrá distribuirse a voluntad de aquellos, en períodos semanales a disfrutar de forma acumulada o interrumpida y ejercitarse desde la finalización de la suspensión obligatoria posterior al parto hasta que el hijo o la hija cumpla doce meses. No obstante, la madre biológica podrá anticipar su ejercicio hasta cuatro semanas antes de la fecha previsible del parto. El disfrute de cada período semanal o, en su caso, de la acumulación de dichos períodos, deberá comunicarse a la empresa con una antelación mínima de quince días.

Este derecho es individual de la persona trabajadora sin que pueda transferirse su ejercicio al otro progenitor.

La suspensión del contrato de trabajo, transcurridas las primeras seis semanas inmediatamente posteriores al parto, podrá disfrutarse en régimen de

jornada completa o de jornada parcial, previo acuerdo entre la empresa y la persona trabajadora, y conforme se determine reglamentariamente.

La persona trabajadora deberá comunicar a la empresa, con una antelación mínima de quince días, el ejercicio de este derecho en los términos establecidos, en su caso, en los convenios colectivos. Cuando los dos progenitores que ejerzan este derecho trabajen para la misma empresa, la dirección empresarial podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones fundadas y objetivas, debidamente motivadas por escrito”.

En consecuencia, nada impide afirmar que existe una total similitud entre el régimen del socio trabajador de la Sociedades españolas de interés social o cooperativas y el de los trabajadores por cuenta ajena de otra clase de empresas en lo referente al ejercicio de este tipo de derechos.

7. Las excedencias en España y sus clases

En cuanto a la excedencia forzosa, por designación o elección para un cargo público o en el movimiento cooperativo, que imposibilite la asistencia al trabajo del socio trabajador, contemplada en el art. 84.1.e) LC, dispensa un tratamiento conjunto para tales situaciones, al asignar unos efectos jurídicos comunes a dichas circunstancias.

A tenor de lo expresado, el art. 84.4 en su segundo párrafo, señala que los socios trabajadores incurso en estos supuestos de excedencia, mientras se encuentren en situación de suspensión, podrán conservar los derechos establecidos en la presente Ley para los socios, “excepto a percibir anticipos y retornos, el derecho al voto y a ser elegidos para ocupar cargos en los órganos sociales, debiendo guardar secreto sobre aquellos asuntos y datos que puedan perjudicar los intereses sociales de la cooperativa, y si durante el tiempo en que estén en situación de suspensión, la Asamblea General, conforme a lo establecido en el número 2 del artículo 46, acordara la realización de nuevas aportaciones obligatorias, estarán obligados a realizarlas”.

Por otra parte, también se observa el deber de reincorporación al puesto de trabajo, señalando, con carácter común, que la misma ha de producirse en el

plazo máximo de un mes a partir de la cesación en el servicio, cargo o función (art. 84.2, párr. 3º LC). Llegados a este punto, es reseñable que, en este aspecto concreto con respecto al trabajador por cuenta ajena, si existirán leves diferencias sobre las que tendrá ventaja en cuanto a los citados plazos, ya que en Estatuto de los trabajadores es de treinta días naturales art. 48.3 ET.

En cuanto a la excedencia voluntaria, para los trabajadores por cuenta ajena, estas se contemplan en el art. 46 ET, es por ello y dentro del análisis de las diversas causas de excedencia que a continuación se expresan para los trabajadores de las sociedades y en especial de las cooperativas, se hará un breve estudio de su marco legislativo tanto en el plano estatal como en el autonómico, pues como se verá, existen diferencias a la hora de enumerar las causas que permiten el disfrute de este derecho.

De manera sucinta pero concisa, la Ley de cooperativas española en su art.84.6, posibilita que, bien a través de los Estatutos, o a través del Reglamento de régimen interno, o en su defecto, la Asamblea General, podrá preverse la posibilidad de conceder a los socios trabajadores excedencias voluntarias con una duración máxima determinada por el Consejo Rector salvo en aquellos casos donde existiese una limitación prevista en las disposiciones referenciadas.

Es por ello que la norma, establece para aquellos socios trabajadores que se encuentren en esta situación de excedencia voluntaria el sometimiento a determinados condicionantes:

1º No tendrán derecho a la reserva de su puesto de trabajo, sino únicamente el derecho preferente al reingreso en las vacantes de los puestos de trabajo iguales o similares al suyo, que hubiera o se produjeran en la cooperativa.

2º Sus demás derechos y obligaciones serán los establecidos en el número 4 del presente artículo para los socios trabajadores incursos en los supuestos c) y e) del 84.1 de la citada LC

7.1. Las aportaciones en la materia realizadas por la ley 39/99 (ley sobre la conciliación de la vida familiar y laboral)

El reconocimiento de este motivo de excedencia viene recogido por la ley de cooperativas gracias a las grandes aportaciones en la materia realizadas por la Ley 39/99 (Ley sobre la conciliación de la vida familiar y laboral), la cual vino a añadir el cuidado de familiares como nueva causa de excedencia. El período en este caso no será superior a un año salvo que se establezca una duración mayor por negociación colectiva.

La magnitud del impacto de esta norma de 1999, no sólo conllevó a realizar modificaciones en el régimen jurídico de los trabajadores de cooperativas, sino también para aquellos otros por cuenta ajena a través de ya derogado Estatuto de los Trabajadores Español (Ley 8/1980, de 10 de marzo), donde se introdujeron modificaciones en la redacción de su artículo 46.3 relativas al derecho a la excedencia de los trabajadores para atender al cuidado de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo y no desempeñe actividad retribuida.

En concreto, la causa de excedencia que se introduce trata de responder a la necesidad del trabajador de atender al cuidado de un familiar hasta el segundo grado por consanguinidad o afinidad, que por razón de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo y no desempeñe actividad retribuida. En esta línea y en cuanto a la duración de la excedencia, el Estatuto de los Trabajadores señala que no será superior a dos años, “salvo que se establezca una duración mayor por negociación colectiva”, (...) hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no pueda valerse por sí mismo, y no desempeñe actividad retribuida”.

En lo relativo a la excedencia por cuidado de hijos su regulación tanto en el art. 84.1.b) de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas, como en el art. 46.3 ET para el ámbito nacional, perfila un abanico de derechos tanto para hombres como mujeres, mayores y menores. En este sentido, para el derecho laboral de España ha sido un gran avance contar con la presencia de una previsión como es la que se establece en esta citada Ley de Cooperativas, la

cual acaba con la problemática de situar a estos socios trabajadores “en un plano inferior de protección” (FUENTES FERNÁNDEZ. 2002 P.106).

8. Conclusiones

En virtud de la protección de los trabajadores de las sociedades españolas de interés social o cooperativas, la problemática basada en la falta de una regulación verdaderamente armonizadora de la suspensión de la relación laboral entre la LC y el ET, se torna una difícil tarea que debe llevarse a cabo a través de una legislación adecuada.

Como se ha visto, regular el periodo suspensivo de la relación laboral es una cuestión compleja, pues el legislador ha intentado, en los aspectos tratados, de realizar una progresión de acercamiento entre el estatus laboral del socio trabajador y el trabajador por cuenta ajena. Su fracaso, materializado en una falta de cumplimiento con las expectativas, ha dejado en esta cuestión dos legislaciones paralelas y una ardua tarea de aplicación normativa al juez.

Esta afirmación si encuentra su excepción en dos aspectos clave como son la suspensión de la relación laboral por maternidad, y la suspensión por razones penales (privación de libertad sin sentencia condenatoria).

En el primer caso, el trabajo legislativo si ha sido más extenso y detallado gracias a los avances sin precedentes promovidos por el espíritu de la Ley 39/1999.

En cuanto al segundo supuesto, la causa de suspensión también aparece prevista en el art. 84.1.d) LC, de cuya lectura se evidencia una absoluta identidad con la regulación citada, confluyendo que, la situación suspensiva se verá prolongada hasta tener lugar el pronunciamiento del órgano judicial competente.

En definitiva y a pesar de estos aspectos tratados, la equiparación del socio-trabajador cooperativo con el resto de trabajadores por cuenta ajena, sigue siendo una tarea pendiente. Su consecución, supondrá otro avance digno en la protección de los trabajadores de estas sociedades, dentro de un estado democrático como es el español, por lo que dicha tarea no debería posponerse.

Bibliografía

- CRUZ VILLALÓN, J. (2021). Compendio de Derecho del Trabajo. Editorial Tecnos.
- FUENTES FERNÁNDEZ, F. (2002). Las suspensiones de la relación de trabajo en las Cooperativas de Trabajo Asociado. TEMAS LABORALES N° 64/2002.
- MALDONADO MOLINA, J. A. (2000). “La protección de la vejez en el sistema español de seguridad social”. Tesis doctoral dirigida por José Vida Soria (Dir. tes.). Universidad de Granada.
- MIÑAMBRES PUIG, C. (1999). “La protección social en el Proyecto de Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras”, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos sociales”. N° 19.
- CAZÉRES, J. L. (1994). Manual de Derecho Cooperativo. FCU. Mayo, Montevideo.

Recursos electrónicos

- AA. VV., BERTULLO, J; ISOLA G; CASTRO, D. “El cooperativismo en Uruguay”. Estudios cooperativos y asociativismo. Red Universitaria de las Américas en estudios cooperativos y asociacionismo. Unidad de estudios cooperativos. Universidad de la República. Servicio Central de Extensión y Actividades en el Medio (SCEAM) Disponible en: http://www.universidad.edu.uy/libros/opac_css/doc_num.php?explnum_id=323.

RECONOCER EL TRABAJO DE CUIDADO EN COLOMBIA: UNA DEUDA HISTÓRICA CON LAS MUJERES

RECOGNIZING CARE WORK IN COLOMBIA: A HISTORICAL DEBT TO WOMEN

Yaneth VARGAS SANDOVAL

Presidenta de la AIDTSS- Filial Colombia, Bogotá, Colombia. Abogada. Master en Seguridad Social, U. Alcalá de Henares, Master en Relaciones Internacionales URJC, Postulante a Doctorado en Ciencias Sociales y Jurídicas en la URJC, España.

yanvargass@hotmail.com

Fecha de envío: 07/11/2021

Fecha de aceptación: 04/12/2021

RECONOCER EL TRABAJO DE CUIDADO EN COLOMBIA: UNA DEUDA HISTÓRICA CON LAS MUJERES

Yaneth VARGAS SANDOVAL

AIDTSS- Filial Colombia (Colombia)

Resumen: En el presente artículo de investigación socio-jurídica se pretende abordar el trabajo de cuidado no remunerado en Colombia, por lo que en la primera parte se abordará como las mujeres a pesar de existir el derecho a la igualdad y no discriminación como derecho humano, en la realidad dicho derecho no se cumple, por cuanto, son las mujeres quienes deben enfrentar condiciones desiguales en el acceso y permanencia en el mercado laboral y soportaran brechas salariales a lo largo de su vida por lo que le será difícil acceder a la pensión de vejez.

Todo ello sumado, a que las mujeres en época de pandemia han tenido que enfrentar peores circunstancias que las que enfrentan los hombres, lo anterior por cuanto son ellas quienes han perdido en mayor proporción los empleos, son las que se exponen al riesgo de contagio debido a que desarrollan en mayor medida asistencia en salud y social, y son ellas quienes han visto incrementado el trabajo de cuidado.

Lo anterior por cuanto en pandemia y debido a las medidas tomadas por los estados las mujeres aumentan las tareas del cuidado, ya que se les sumaran las tareas de acompañamiento a sus hijos en las tareas escolares y el trabajo en casa o el teletrabajo.

Adicionado a lo anterior, se plantea como en Colombia no se ha hecho el reconocimiento del trabajo de cuidado, siendo la única norma la Ley 1413 del 2010 en la que se establece que el Estado Colombiano deberá contabilizar el valor económico de la economía del cuidado y determinar el aporte económico que se refleja en el Producto Interno Bruto-PIB en Colombia.

Sumado a que las mujeres en la relación con la Seguridad Social en Pensión de vejez y el trabajo de cuidado no remunerado, no se benefician en el sistema de pensiones, ya que en los dos regímenes de pensiones en Colombia no se incluye la transversalidad de género, lo que hace aún más difícil el acceso de las mujeres a la pensión de vejez.

Por último, se plantean algunos hallazgos, dentro de los que se encuentra que se pudo evidenciar el trabajo precario que desarrollan las mujeres dentro del trabajo de cuidado no remunerado en Colombia, estableciéndose como propuesta la elaboración de una norma que reconozca el trabajo de cuidado dentro del contexto de trabajo decente e igualmente la necesidad que se tiene dentro del ordenamiento jurídico el reconocer el trabajo de cuidado como un Derecho Humano.

Palabras clave: Investigación Socio-jurídica - Pandemia - Seguridad Social - Trabajo de Cuidado - Trabajo Decente

Sumario: 1. Introducción. 2. Mujeres en época de Pandemia en Colombia. 3. Trabajo de cuidado no remunerado. 4. Seguridad Social en Pensiones y Trabajo de Cuidado no Remunerado. 5. Hallazgos.

Abstract: This socio-legal research article aims to address unpaid care work in Colombia, so the first part will address how women despite the existence of the right to Equality and non-discrimination as a human right, in the reality of this right is not fulfilled, because it is women who must face unequal conditions in access and permanence in the labor market, they will endure salary gaps and it is difficult for them to access the old-age pension.

This is added to the fact that women in times of pandemic have had to face worse circumstances than those faced by men, the above because they are the ones who have lost jobs in a greater proportion, they are the ones who are exposed to the risk of contagion due to who develop health and social assistance to a greater extent, and it is they who have seen an increase in care work.

Likewise, in this article it is considered how the pandemic has made women have to increase the workload of care work, now in addition to this they accompany the schoolwork of minor children, adding work at home or telework.

In addition to the above, it is proposed that in Colombia care work has not been recognized, the only rule being Law 1413 of 2010, which establishes that the Colombian State must account for the economic value of the care economy and determine the economic contribution that is reflected in the Gross Domestic Product-GDP in Colombia.

The above added, women in relation to Social Security in Old Age Pension and unpaid care work, do not benefit in the pension system, since the two pension regimes in Colombia do not include gender mainstreaming, which makes access to an old age pension even more difficult for women.

Finally, the findings are raised that the precarious work carried out by women in unpaid care work in Colombia could be evidenced, and the development of a norm that recognizes care work within the context of decent work is proposed and that it is required within the legal system to recognize care work as a Human Right.

Key words: Socio-legal Research - Pandemic - Social Security - Care Work - Decent Work

Summary: 1. Introduction. 2. Women in times of Pandemic in Colombia. 3. Unpaid care work. 4. Social Security in Pensions and Unpaid Care Work. 5. Findings.

1. Introducción¹

Las mujeres en esta crisis sanitaria y económica producto de la Pandemia generada por el Covid-19 han sido las que más han sufrido de manera desproporcionada la pérdida en sus empleos, sumado a que los confinamientos “han hecho evidente el aumento de las mujeres en el trabajo de cuidado, aumentando la desigualdad de género, ya existente previo a la pandemia”.²

Colombia no ha sido ajena a esta situación, las mujeres en época de pandemia generada por el Covid-19 han enfrentado, el incremento en la carga laboral asumiendo una triple carga laboral: desarrollaran el trabajo de cuidado que previo a la pandemia ya desarrollaban en mayor proporción, pero ahora asumirán las responsabilidades educativas de sus menores hijos y muchas de ellas llevaran a la vez el trabajo o el teletrabajo desde sus casas.

Y aunque en Colombia se determinó en la ley 1413 del 11 de noviembre del 2010, la inclusión de la economía de cuidado no remunerado dentro de las cuentas nacionales, para evidenciar el aporte que las mujeres hacen en el desarrollo económico y social del país. Aporte que para el año 2017 fue del 20% del PIB, en realidad no se ha hecho un reconocimiento efectivo frente a este aporte. Por lo que se hace necesario que se reconozca a las mujeres el trabajo de cuidado dentro del sistema de seguridad social en Pensiones, lo anterior por cuanto quien más se beneficia del trabajo de cuidado no remunerado es el mismo Estado.

2. Mujeres en época de Pandemia en Colombia

Dentro de los ordenamientos jurídicos de derechos humanos, uno de los derechos que más trayectoria a nivel histórico ha tenido es el Derecho a la

¹ Este artículo es producto del proyecto de Investigación denominado: “La perspectiva de género en el sistema de Pensiones Iberoamericano: especial referencia a la protección de la Vejez” en el marco del Programa de Doctorado en Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad Rey Juan Carlos, España.

² OIT Observatorio. *Observatorio de la OIT: La Covid-19 y el Mundo del trabajo. Sexta edición.* https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/briefingnote/wcms_755917.pdf (consulta: 28 de mayo del 2021).

igualdad y no discriminación encontrándose dentro del mismo la prohibición de discriminar por la condición del sexo. Este derecho ha sido un elemento fundamental en los derechos humanos a nivel internacional desde la misma formación de los estados constitucionales modernos con la expedición de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano por la Asamblea Nacional Constituyente de Francia de 1789, por lo que ha sido elevado a norma constitucional en la mayoría de los países de corte constitucional incluido en Colombia.

A pesar de esta inclusión del derecho a la igualdad y no discriminación en los marcos constitucionales, la realidad para la mujer ha sido muy distinta, ya que no se ha logrado una igualdad real y efectiva para las mujeres frente a los hombres en el mundo del trabajo, aspectos como el acceso y permanencia en el mercado laboral, brechas salariales, o el acceso a una pensión de vejez entre otras muchas circunstancias colocan a la mujer en una constante desigualdad. En la sociedad actual las mujeres tienen condiciones de vida diferentes a las vividas por los hombres, para autores como Martha Nussbaum.

las Mujeres carecen de apoyo en funciones fundamentales de la vida humana en la mayor parte del mundo. Están peor alimentadas que los hombres, tienen un nivel inferior de salud, son más vulnerables a la violencia física y al abuso sexual.³

Estas condiciones de inequidad son constantes desde su nacimiento y se prolongan durante toda su vida. En los términos en que lo expresa Nussbaum; “carecen de oportunidades para el juego y para el cultivo de sus facultades imaginativas y cognitivas”⁴. Estas situaciones les impiden, en muchas ocasiones, participar de forma efectiva en la vida política. Y esa falta de participación en política lleva a que su situación se replique.

La realidad de las mujeres es analizada igualmente por autores como Nancy Fraser, para esta autora el problema de las mujeres se establece en dos dimensiones: reconocimiento y redistribución. Siendo sus posibles soluciones el

³ Nussbaum, M., *Women and Human Development*. (España: Herder Editorial, S.L.2002), 27.

⁴ Nussbaum, M., *Women and Human Development*. (España: Herder Editorial, S.L.2002), 27.

multiculturalismo y el socialismo.⁵ En lo que respecta al reconocimiento son aspectos eminentemente socioeconómicos, fundamentados en la estructura económico-político de la sociedad; evidenciándose en la explotación laboral y la desigualdad económica, al asignársele a las Mujeres trabajos indeseables o mal pagados, así como privándoles de un nivel de vida material adecuado. Las segundas injusticias son de tipo cultural o simbólico, determinadas por “modelos sociales de representación, interpretación y comunicación”.⁶ Lo que tendrá como consecuencia que las Mujeres, sufran de falta de reconocimiento, falta de respeto, o de invisibilidad cultural.

Estas entre muchas otras circunstancias, son las que viven las Mujeres colombianas, quienes previo a la pandemia tenía un desempleo del 13.9% mucho mayor que el de los hombres que llegaba al 8.1% en el trimestre de noviembre del 2019- enero del 2020⁷. Ello sumado a que las Mujeres son quienes en mayor proporción desarrollaban trabajo informal siendo evidente esta situación en el periodo noviembre del 2018 a enero del 2019 donde se encontraba en un 48,5% de trabajo informal femenino en tanto que los hombres lo desarrollaban en un 44.6%, según datos de la OCDE, complementario a que Colombia es el país que tiene más contratos temporales de la OCDE.⁸

Por otro lado, se está perdiendo el bono demográfico que se tenía como la condición de un mejor desarrollo para Colombia, lo anterior por cuanto la población joven especialmente la femenina tiene aún menos oportunidades, debido a que en esta etapa de la vida se evidencia que las mujeres son las que en mayor proporción ni estudian ni trabajan, se encuentran en la marginalidad, debido al abandono de la educativa, la inadecuada inserción laboral, o también una maternidad temprana.

⁵ Fraser, N. & Butler, *¿Reconocimiento o redistribución? Un debate entre marxismo y feminismo* (Madrid, España: Edición Traficantes de Sueños, 2016), 24-25.

⁶ Fraser, N. & Butler, *¿Reconocimiento o redistribución? Un debate entre marxismo y feminismo* (Madrid, España: Edición Traficantes de Sueños, 2016), 27-28.

⁷ DANE. Informe sobre mercado laboral. https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/ech/ech/bol_empleo_jul_20.pdf. (consulta: 11 de junio 2021).

⁸OCDE. Estudio Económico de la OCDE Colombia. <https://www.oecd.org/economy/surveys/Colombia-2019-OECD-economic-survey-overview-spanish.pdf> (consulta 11 de junio del 2021).

Esta era la realidad de las Mujeres en Colombia, previa al surgimiento del coronavirus Covid-19 y previo a ser declarada como Pandemia el 11 de marzo del 2020 por parte de la Organización Mundial de la Salud.⁹ Con la propagación de la pandemia y la crisis sanitaria que se está viviendo a nivel mundial donde para el 26 de mayo del 2021 han fallecido a nivel mundial por Covid-19 alrededor de 3.493.704 personas, con contagios de 168.175.450 y vacunados tan solo 1.737.285.632.¹⁰

Las medidas sanitarias adoptadas para controlar la pandemia han generado un efecto negativo en la economía mundial, pero las repercusiones negativas las están sufriendo de manera directa las Mujeres. Y ello, es así porque para salvaguardar la salud y la vida de todos los ciudadanos los estados han tenido que tomar medidas como cuarentenas prolongadas con lo que genera el confinamiento total de los ciudadanos en sus domicilios, el cierre de comercios, o el cierre de escuelas, entre otras muchas. Todo ello hace que las Mujeres deban asumir el cuidado junto a las demás cargas laborales impuestas por las condiciones sociales-económicas y culturales impuestas por las condiciones dadas por la pandemia. Pero al realizar trabajo de cuidado informal dentro de las familias a las mujeres se les limita las oportunidades laborales y económicas dentro del mercado laboral.¹¹

En consecuencia, la situación de pandemia vivida en el año 2020 y prolongada aún en el 2021 ha generado un retroceso en el cumplimiento del objetivo 5 de la agenda 2030 que pretendía lograr la igualdad de género. Como lo plantea la OIT los mayores efectos negativos de la pandemia se están presentando en el empleo femenino como consecuencia de que los empleos que desarrollaban las mujeres son los que están desapareciendo, como los hoteleros y de servicios. Adicionado a que el riesgo de contagio se presenta en su gran

⁹ OMS. *Covid 19: Cronología de la Actuación de la OMS*. <https://www.who.int/es/news-room/detail/27-04-2020-who-timeline---covid-19> consulta: 30 de abril del 2021).

¹⁰ University Johns Hopkins. *Covid-19*. <https://coronavirus.jhu.edu/map.html> (consulta: 25 de mayo del 2021).

¹¹ Fondo de Población de las Naciones Unidas- UNFPA. *Covid-19: A Gender Lens Technical Brief Protecting Sexual and Reproductive Health and Rights and Promoting Gender Equality*. https://www.unfpa.org/sites/default/files/resource-pdf/COVID-19_A_Gender_Lens_Guidance_Note.pdf (Consulta: 23 de septiembre del 2020).

mayoría en el personal de asistencia sanitaria y social, y quienes en mayor proporción prestan este servicio son las mujeres.¹²

En Colombia la situación de las mujeres ha sido similar a lo evidenciado a nivel mundial, para el año 2020 el desempleo de la Mujer en Colombia fue del 50,7% y el de los hombres de 49.3%. Igualmente, en el período comprendido entre marzo y julio de 2020, cerca de dos millones de Mujeres perdieron su trabajo, esto debido a que las Mujeres trabajaban en sectores donde la crisis provocada por la pandemia ha tenido un especial impacto como son el sector hotelero, restaurantes y el trabajo doméstico, estos sectores tienen un número considerable de Mujeres lo que hace que sean ellas quienes enfrenten en este momento de pandemia la exclusión del trabajo, por lo que, sufren la vulnerabilidad en el contexto del Covid-19¹³ (DANE 2020, p.1). A ello debe añadirse que al inicio de la apertura económica en Colombia se abrieron sectores de obras civiles, en donde las Mujeres tienen muy baja participación.

3. Trabajo de cuidado no remunerado

En lo que respecta al trabajo de cuidado en la pandemia con el encierro de las personas en sus hogares se ha exacerbado de tal manera que las mujeres se han visto obligadas a desarrollar en mayor proporción tareas de cuidado, este trabajo de cuidado no remunerado que en su gran mayoría realizan las mujeres es producto de la división sexual del trabajo. La división sexual del trabajo que para autores como Wikander surge en la economía de mercado del siglo XIX, con la sociedad industrializada¹⁴. Pero que ha perdurado hasta la actualidad, evidenciándose en el hecho de que son las mujeres quienes desarrollen el trabajo reproductivo o de cuidado en una mayor proporción, sumado a que en

¹² OIT Observatorio. *Observatorio de la OIT: La Covid-19 y el Mundo del trabajo. Sexta edición.* https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/briefingnote/wcms_755917.pdf (consulta: 28 de mayo del 2021).

¹³ DANE. *Mercado Laboral según sexo.* https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/ech/ech_genero/bol_ejesexo_sep19_ov19.pdf (consulta: 11 de junio del 2021).

¹⁴ Wikander, U. 2016. *De criada a empleada. Poder, sexo y división del trabajo 1789-1950.* (Madrid, España: Editorial Siglo XXI de España Editores), 34.

Colombia en época de pandemia no se determinaron lineamientos para que se reconociera ese trabajo de cuidado desde el Estado. Agravándose la realidad de las mujeres en el hecho que en Colombia los sistemas de pensiones se fundamentan en el sistema contributivo con aportes desde el trabajo formal, las mujeres que tengan trabajos precarios o no se encuentren en el mercado laboral por desarrollar trabajo de cuidado difícilmente podrán acceder a la pensión de vejez.

Desde una perspectiva internacional, diversas instituciones y organismos vienen tratando de que se reconozca formalmente el trabajo de cuidado, ha sido importante la labor desarrollada por la Organización Internacional del Trabajo - OIT. Que ha desarrollado convenios y recomendaciones siendo las más importantes frente al tema el Convenio 156 de 1981 sobre trabajadores con responsabilidades familiares, el Convenio 183 de 2000 sobre protección a la maternidad y el Convenio 189 de 2011 sobre trabajadores y trabajadoras domésticas. Junto a las recomendaciones 201 de 2011 sobre trabajo decente de las trabajadoras y trabajadores domésticos y recomendación 202 sobre Pisos de Protección Social del 2012.

En Colombia no hay políticas públicas específicas para quienes se dedican al trabajo de cuidado no remunerado de una manera directa, lo único que se hace es un reconocimiento a la población que recibe el cuidado, esto es al adulto mayor, a las personas en situación de discapacidad y a la infancia y adolescencia.

Lo anterior se evidencia en normas como la Ley 1251 del año 2008, donde se establece la protección y defensa de los derechos de los adultos mayores, pero en lo que respecta al trabajo de cuidado, solo se plantea en el numeral 10 del artículo 7 que es necesario que se brinde capacitación a los cuidadores informales que cuidan algún familiar adulto mayor en sus hogares. Asimismo, en el numeral 8 del artículo 8 se plantea fortalecer las redes de apoyo, de protección en solidaridad y corresponsabilidad entre la familia, sociedad y Estado.

Agregado a lo anterior en la Ley Estatutaria 1618 del año 2013 sobre personas en situación de discapacidad, en el artículo 13 apartado 2 c) se señala que el Ministerio de Trabajo deberá determinar los planes y programas de

inclusión laboral, en el que los cuidadores y familiares puedan intervenir. De la misma manera, se expidió la Ley 1850 del año 2017, que en el artículo 8 reitera que los cuidadores informales deben ser capacitados. Como puede apreciarse, las normas solo mencionan la corresponsabilidad que deben tener los cuidadores frente al trabajo de cuidado, ni recoge ni prevé ningún beneficio para quien realiza el trabajo de cuidado no remunerado que en su mayoría es realizado por mujeres.

A pesar de la importancia de la contribución que hacen los trabajadoras y trabajadores que prestan servicios como cuidadores no remunerados en la economía, sólo hasta el año 2010 se aprobó la Ley 1413 cuya finalidad es la de incluir la economía de cuidado en el sistema de cuentas nacionales con el objeto de medir la contribución de las Mujeres en el desarrollo económico y social del país. En cuanto a la medición y coordinación del trabajo de cuidado, este está a cargo del Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas-DANE-, que tiene la responsabilidad de emitir análisis periódicos mediante una Encuesta Nacional de Usos de Tiempos –ENUT- que no debe superar los tres años¹⁵

El Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas- DANE-, realizó la última Encuesta Nacional de Usos de Tiempos –ENUT-, en el año 2017, determinando que para este año el valor económico del trabajo doméstico y de cuidado no remunerado ascendió a 185.722 miles de millones de pesos, lo que suponía una participación del 20,0% del Producto Interno Bruto, e implicaba un avance en la valoración del papel del trabajo de cuidado realizado en los hogares colombianos.¹⁶

A pesar de este aporte desde el trabajo de cuidado no remunerado realizado en su mayoría por las mujeres, dicho trabajo no es reconocido dentro del ordenamiento jurídico colombiano, como tampoco dentro de los beneficios como aportes a la seguridad social, como se realizan en países como España, Brasil o Chile donde se reconoce el trabajo de cuidado a través de

¹⁵ Ley 1413 del 2010, artículos del 1 al 5.

¹⁶DANE. *Cuenta Satélite de Economía del Cuidado*. <https://www.dane.gov.co/index.php/comunicados-y-boletines/cuentas-y-sintesis-nacionales/economia-del-cuidado#valor-economico-tdcnr-2017-e-indicadores-de-contexto> (consulta: 22 de abril del 2020).

reconocimiento de semanas de cotización al sistema de pensiones. Además de esto, no se han creado normas en la Pandemia para que en Colombia se pueda conciliar la vida familiar con la vida laboral, lo que aumenta la situación de vulnerabilidad de las mujeres quienes se enfrentan en su mayor a la pérdida de empleo, a trabajar a tiempo parcial o dedicarse a trabajos precarios todo porque deben dedicar tiempo al trabajo de cuidado no remunerado.

4. Seguridad Social en Pensiones y Trabajo de Cuidado no Remunerado

En Colombia en lo que respecta a la seguridad social en pensiones se desarrolla en dos regímenes de pensiones: un régimen de prima media con prestación definida administrado por la Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones, empresa industrial y comercial del Estado y por el Régimen de ahorro Individual con Solidaridad administrada por los Fondos Privados de Pensiones¹⁷.

En lo que corresponde al régimen administrado por Colpensiones para acceder a la pensión de vejez se establecen dos requisitos el primero la edad que se encuentra diferenciada por el sexo, siendo de 57 años para las mujeres y de 62 años para los hombres. Esta diferencia de edad se plantea como una acción positiva en cuanto al reconocimiento de tratamiento favorable por considerarse a las mujeres un colectivo históricamente desfavorecido y marginado, e igualmente para reconocer el trabajo de cuidado, planteamiento que se ha reafirmado en la Sentencia C-540 del 2008 de la Corte Constitucional. Pero esta diferencia que se plantea como una acción afirmativa se desconfigura al tener que cumplir con el segundo requisito para tener derecho a la pensión de vejez, esto es, 1300 semanas de cotización, lo que hace inoperante esta acción afirmativa, ya que las mujeres requieren de tener una historial laboral larga y en trabajos formales¹⁸.

¹⁷ Ley 100 de 1993 artículo 12.

¹⁸ Ley 797 del 2003 artículo 9.

En el régimen de ahorro individual con Solidaridad administrado por los Fondos Privados de Pensiones, para acceder a la pensión de vejez no se exige solo una edad determinada, sino también que se tenga en la cuenta individual de ahorro pensional, un ahorro superior al 110 %, para garantizar la pensión de vejez con un salario mínimo, pudiendo ahorrar solamente hasta la edad de 60 años para las Mujeres y de 62 para los hombres, al cabo del cual, si no cumplió con el capital, no se les permiten seguir cotizando en el sistema y se le hace la respectiva devolución de saldos.¹⁹

Esta acción afirmativa de diferenciar la edad entre hombres y Mujeres planteará el mismo inconveniente que el Fondo Público, ya que se requiere tanto para los hombres como para las Mujeres un ahorro de más del 110% que garantice siquiera un salario mínimo, lo que perjudica a las Mujeres, como ya se evidenció, además en el régimen privado se utilizan tablas diferenciales por sexo, lo que hace que sea aún más difícil el acceso a la pensión debido a que las Mujeres requieren más capital ahorrado porque tienen una esperanza de vida más larga e igualmente ellas tienen más lagunas en las historias laborales, muchas de estas debido al trabajo de cuidado no remunerado que desarrollan a lo largo de la vida.

Por lo anterior, Colombia requiere reconocer un sistema de Seguridad Social con perspectiva de género, en el que se requiere que se supere el modelo de división sexual del trabajo, llegando a reconocer el trabajo de cuidado como un trabajo dentro del contexto de trabajo decente, en el que se reconozcan las cotizaciones respectivas. Para ello, los Estados deberán no solo tener en cuenta los trabajadores que realizan cotizaciones a los sistemas de pensiones, sino también “la provisión de las tareas del ámbito del cuidado.”²⁰

Como se puede ver de todo lo anterior, desde la estructura misma del sistema de pensiones en Colombia no se plantea la condición de la transversalidad de género por lo que esta condición lleva a que no se tengan en cuenta la condición de ser mujer dentro de los sistemas de pensiones, lo que

¹⁹ Ley 100 de 1993 artículo 64.

²⁰ Jiménez, Quezada y Huete, *Estudio sobre la Perspectiva de género en los sistemas de Seguridad Social en Iberoamérica*. (Madrid, España: OISS, 2014).

generará que las mujeres en un futuro no se les reconozca una pensión de vejez, sumado a que en Colombia no existen pensiones no contributivas, lo que sin lugar a duda impactará la vida de las mujeres en la vejez que por obvias razones al final de sus vidas tendrán condiciones de pobreza.

Sumado a que no se ha realizado dentro del marco normativo el reconocimiento del trabajo de cuidado no remunerado, ya sea haciendo un reconocimiento desde los beneficios en aportes de la seguridad social en pensiones o mediante transferencias económicas por el desarrollo de dicho trabajo, muy a pesar que dicho trabajo como se evidenció aporta al producto interno Bruto en Colombia el 20%, por lo que sin lugar a duda se tiene una deuda histórica con las mujeres cuidadoras en Colombia.

5. Hallazgos

En la presente investigación se ha podido evidenciar como hallazgos a tener en cuenta:

- Que el trabajo de cuidado no remunerado en Colombia es trabajo precario que es desarrollado en su mayoría por las Mujeres.
- Que es conveniente reconocer el trabajo de cuidado dentro del contexto de trabajo decente.
- Que el trabajo de cuidado debe ser una corresponsabilidad entre Estado, sociedad y familia
- Que el trabajo de cuidado debe ser considerado con un Derecho humano, en el condicionamiento de tener derecho a cuidar y ser cuidado.
- Que se debe reconocer que el trabajo de cuidado pos-pandemia aportará dentro de la construcción de una mejor sociedad en Colombia.
- Que se requiere implementar una norma que reconozca en Colombia el trabajo de cuidado, un primer paso sería reconocer dentro de la seguridad social en pensiones las respectivas cotizaciones a dichas trabajadoras, y que las cotizaciones sean realizadas por parte del Estado, como forma de reconocer el aporte que desde el trabajo de cuidado se hace al desarrollo social y económico de Colombia por parte de las Mujeres.

Con los anteriores hallazgos y frente al trabajo de cuidado, se evidencia la importancia que el cuidado tiene para todos los seres humanos como lo plantea Heidegger citado por Byung- Chul Han en el Libro: *No cosas, Quiebras del mundo de hoy*, el cuidado es descrito por Heidegger “como un rasgo de la existencia humana. La existencia es de cuidarse”.²¹

²¹ Han, B., *No Cosas-Quiebra del mundo de Hoy*. Traducción de Joaquín Chamorro Mielke (Colombia: Penguin Random House Grupo Editorial, 2021), 16.

Bibliografía

- FRASER, N. & Butler (2016). *¿Reconocimiento o redistribución? Un debate entre marxismo y feminismo*. Madrid, España: Edición Traficantes de Sueños.
- HAN, Byung-Chul (2021). *No cosas- Quiebra del mundo de hoy*. Traducción de Joaquín Chamorro Mielke (Colombia: Penguin Random House Grupo Editorial, 2021).
- JIMÉNEZ, Quezada y Huete (2014). *Estudio sobre la Perspectiva de género en los sistemas de Seguridad Social en Iberoamérica*. Madrid, España: OISS.
- NUSSBAUM, M. (2002). *Women and Human Development*. España: Herder Editorial, S.L.
- WIKANDER, U. (2016). *De criada a empleada. Poder, sexo y división del trabajo (1789-1950)*. Madrid, España: Editorial Siglo XXI de España Editores.

Recursos electrónicos

- DANE. Ver_ *Cuenta Satélite de Economía del Cuidado*.
<https://www.dane.gov.co/index.php/comunicados-y-boletines/cuentas-y-sintesis-nacionales/economia-del-cuidado#valor-economico-tdcncr-2017-e-indicadores-de-contexto> (consulta: 22 de abril del 2020).
- DANE. Ver_ *Mercado Laboral según sexo*. [en línea]
https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/ech/ech_genero/bol_eje_sex0_sep19_nov19.pdf (consulta: 11 de junio del 2021).
- DANE. Ver_ *Informe sobre mercado laboral*.
https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/ech/ech/bol_empleo_jul_20.pdf (consulta: 11 de junio 2021).
- DANE. Ver_ *Mercado Laboral según sexo*.
<https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/mercado-laboral/segun-sexo> (consulta: 26 de mayo del 2021).
- FONDO DE POBLACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS- UNFPA. *Covid-19: A Gender Lens Technical Brief Protecting Sexual and Reproductive Health and*

Rights and Promoting Gender Equality.

https://www.unfpa.org/sites/default/files/resource-pdf/COVID-19_A_Gender_Lens_Guidance_Note.pdf (Consulta: 23 de septiembre del 2020).

OCDE. Ver_ Estudio Económico de la OCDE Colombia. <https://www.oecd.org/economy/surveys/Colombia-2019-OECD-economic-survey-overview-spanish.pdf> (consulta 11 de junio del 2021).

OIT. Ver_ *Convenio 183 de 2000. Sobre Protección a la Maternidad.* [en línea] https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C183 (consulta:11 de junio del 2021).

OIT. Ver_ *Convenio 189 de 2011. Sobre trabajadores y trabajadoras domésticas.* https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C189 (consulta:11 de junio del 2021).

OIT. Ver_ *Recomendación 201 de 2011. Sobre trabajo decente de las trabajadoras y trabajadores domésticos.* https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R201 (consulta:11 de junio del 2021).

OIT. *Recomendación 202 del 2012. Sobre Pisos de Protección Social del 2012.* [https://www.ilo.org/secsoc/areas-of-work/legal-advice/WCMS_222053/lang-es/index.htm#:~:text=202\)%20aporta%20pautas%20de%20orientaci%C3%B3n,a%20todas%20las%20personas%20necesitadas](https://www.ilo.org/secsoc/areas-of-work/legal-advice/WCMS_222053/lang-es/index.htm#:~:text=202)%20aporta%20pautas%20de%20orientaci%C3%B3n,a%20todas%20las%20personas%20necesitadas). (consulta:11 de junio del 2021).

OIT Observatorio. *Observatorio de la OIT: La Covid-19 y el Mundo del trabajo. Sexta edición.* https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/briefingnote/wcms_755917.pdf (consulta: 28 de mayo del 2021).

UNIVERSITY OF JOHN HOPKINS. Ver_ *Covid-19.* <https://coronavirus.jhu.edu/map.html> (consulta: 25 de mayo del 2021).

OMS. Ver_ *Covid 19: Cronología de la Actuación de la OMS.* <https://www.who.int/es/news-room/detail/27-04-2020-who-timeline---covid-19>

consulta: 30 de abril del 2021).

EL (DES) BALANCE DEL DERECHO DEL TRABAJO A 30 AÑOS DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA EN COLOMBIA

(DES) BALANCE OF LABOUR LAW 30 YEARS AFTER CONSTITUTION IN COLOMBIA

Iván Daniel JARAMILLO JASSIR

Profesor de carrera académica de la Universidad del Rosario, abogado de la misma universidad, especialista en Derecho Laboral de la Pontificia Universidad Javeriana. Magíster en Derecho del Trabajo de la Universidad de Bolonia, Italia, y doctor cum laude en Derecho por la Universidad de Castilla-La Mancha, España. Colaborador Externo de la Organización Internacional del Trabajo. Conjuez Sala de Descongestión Laboral Corte Suprema de Justicia.

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6107-866X>.

ivan.jaramillo@urosario.edu.co

Fecha de envío: 17/11/2021

Fecha de aceptación: 04/12/2021

EL (DES) BALANCE DEL DERECHO DEL TRABAJO A 30 AÑOS DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA EN COLOMBIA

Iván Daniel JARAMILLO JASSIR

Universidad del Rosario (Colombia)

Resumen: El presente artículo analiza el balance del desarrollo de la realización de la promesa constitucional de 1991 de la garantía de un trabajo en condiciones dignas y justas en todas las modalidades, como mandato de actualización de la disciplina jurídico laboral construido para un modelo fordista de producción de trabajo prevalentemente subordinado merecedor de tutela jurídica.

Palabras clave: Derecho del Trabajo - Informalidad - Economía popular - Empleo rural - Sindicatos

Sumario: 1. Introducción. 2. El trabajo como categoría de asignación de derechos. 3. El trabajo rural: Limitaciones de visión para el Derecho del Trabajo. 4. La economía popular. 5. El acceso al trabajo en femenino. 6. Trabajo y discapacidad. 7. Trabajo en plataformas. 8. La libertad sindical de los trabajos. 9. Conclusión de cara a la amplificación del trabajo en clave constitucional.

Abstract: The present article analyzes the balance sheet of the development of the realization of the constitutional promise of 1991 of the guarantee of a decent and just work in all modalities, as a mandate to update the labor legal discipline built for a fordist model of labor production predominantly subordinate deserving of legal protection.

Key words: Labour Law - Informality - Popular economy - Rural employment - Unions

Summary: 1. Introduction. 2. Work as a category of assignment of rights. 3. Rural work: Vision limitations for Labor Law. 4. The popular economy. 5. Access to work for women. 6. Work and disability. 7. Work on platforms. 8. Trade union freedom of work. 9. Conclusion regarding the amplification of the work in constitutional key.

1. Introducción¹

La promesa constitucional prevista en el artículo 25 de la Constitución Política de la garantía del derecho fundamental al trabajo “en todas sus modalidades en condiciones dignas y justas” como fórmula de actualización del derecho del trabajo articulado bajo un estatuto jurídico, hijo de un estado de excepción, sigue constituyendo asignatura pendiente a 30 años del mandato constitucional.

En este sentido, transcurridos 30 años de la expedición de la Constitución Política, el derecho del trabajo centrado en el contrato de trabajo constituye un espacio de envidia social de excepción ideado para un patrón de trabajador a cuya medida se edificó el modelo normativo laboral el siglo XX².

En efecto, contrario a la tradición civilista europea³, el derecho del trabajo colombiano no se desprendió de la diferenciación entre la *locatio operarum* y *operis* del arrendamiento de servicios civil, sino de la regulación de las relaciones entre señores y sirvientes que regulaba el derecho de policía a partir de los denominados “conciertos de servicios” del proyecto de Código Civil de 1851⁴.

El tránsito posterior a la legislación sustantiva laboral en 1950 por conducto de los decretos 2663 y 3743 de 1950 en el contexto de estado de sitio promulgado por el Decreto Extraordinario 3518 de 1949, con los déficit democráticos de la normas de origen de la legislación laboral.

La llegada de la Constitución Política de 1991 determinó la demanda de actualización del sistema de intervención pre-constitucional a partir del reconocimiento del derecho al trabajo como fundamental, la ampliación del ámbito subjetivo y objetivo del trabajo objeto de tutela en “todas sus modalidades” y la inclusión de un catálogo de principios orientadores del futuro estatuto de trabajo en los artículos 25 y 53 del ordenamiento constitucional.

¹ Artículo de reflexión en el marco del Grupo de Investigación en Derecho Privado de la Universidad del Rosario.

² Umberto Romagnoli, *El Derecho el Trabajo y la Historia*, (Consejo Económico y Social, 1996).

³ Lodovico Barassi, *Il Contratto di Lavoro nel Diritto Positivo Italiano (Società Editrice Libreria, 1901)*.

⁴ Miguel Malagón, *Salvajes, bárbaros e inmigrantes en el derecho administrativo hispanoamericano*, (Universidad Externado, 2015).

2. El trabajo como categoría de asignación de derechos

La ampliación del ámbito de protección a los trabajos y los trabajadores en su acepción genérica, más allá de trabajo subordinado constituye la piedra angular del enfoque epistemológico del trabajo en la Constitución colombiana de 1991.

En efecto en Colombia los trabajadores vinculados por cuenta ajena, bajo un contrato de trabajo, corresponden al 39,2% de la población ocupada que corresponde a 21.313.000 de personas (DANE, Noviembre de 2020). En este sentido, la evidencia empírica revela que tan sólo 8.373.031 de los ocupados se encuentra cotizando como dependiente al Sistema Integral de Seguridad Social a través de la Planilla Integrada de Liquidación de Aportes (PILA) (Tabla 1.)

Tabla 1. Cotizantes o puestos de trabajo dependientes e independientes Enero a junio (2020 - 2019)

Mes	Cotizantes					
	2020		2019		Var. anual (%)	
	Dependientes	Independientes	Dependientes	Independientes	Dependientes	Independientes
Enero	9.021.248	2.146.967	7.682.687	2.021.394	17,4%	6,2%
Febrero	9.168.087	2.170.392	8.050.700	2.012.782	13,9%	7,8%
Marzo	8.736.570	1.995.887	8.970.983	2.148.086	-2,6%	-7,1%
Abril	8.323.248	1.956.915	9.045.901	2.272.955	-8,0%	-13,9%
Mayo	8.244.159	1.987.384	8.805.730	2.289.406	-6,4%	-13,2%
Junio	8.373.031	2.034.518	9.099.361	2.334.961	-7,9%	-12,9

Fuente: DANE 2020

En este sentido, la prevalente informalidad que caracteriza el sistema laboral colombiano en términos de adscripción al Sistema Integral de Seguridad Social y la vinculación laboral con vocación de permanencia (Ley 1610 de 2013), determina la reducción del ámbito de tutela legal enfocado en el trabajo subordinado que constituye un espacio de progresiva reducción.

El tránsito de la tutela del trabajo a la protección de los trabajos como condición de ciudadanía social que confiere el desarrollo de actividades en plural

al que el ordenamiento constitucional confiere reconocimiento y estatus de dignidad y justicia (Romagnoli, 1996).

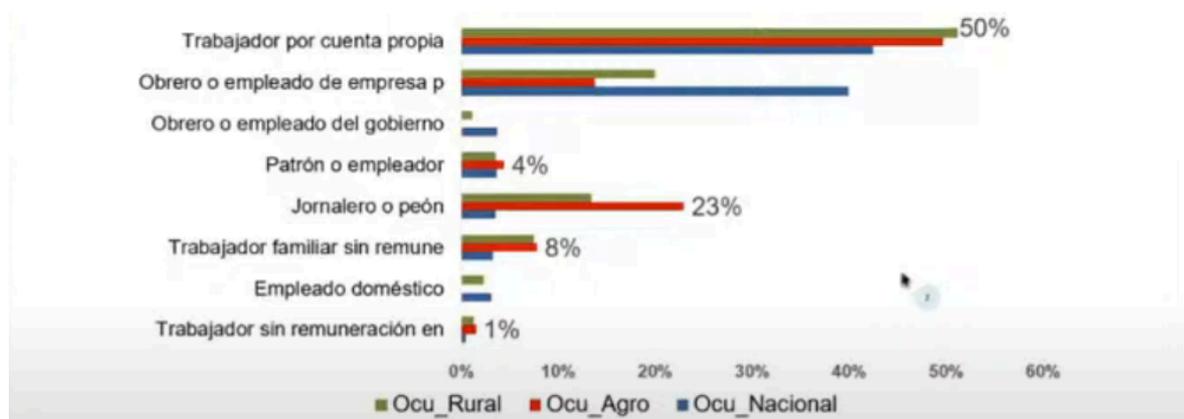
La construcción jurídica de la categoría trabajador debe transitar la actualización a la promesa constitucional de amparo de *todas las modalidades* de trabajo adscribiendo al principio de canto lírico *aperto ma coperto* para llegar a la totalidad del teatro del sistema de relaciones laborales.

3. El trabajo rural: Limitaciones de visión para el Derecho del Trabajo

El Derecho del Trabajo de matriz pre-constitucional, ideado para regular la ecuación capital-trabajo se manifiesta incapaz de intervenir la relación capital-tierra-trabajo marcando ausencias que limita su ámbito de intervención.

El acento del trabajo por cuenta propia (Gráfico 1.) en lo rural determina la prevalente inaplicación de las categorías jurídico-laborales incompatibles con las formas y necesidades rurales cuyas condiciones de dignidad y justicia en el trabajo como derecho fundamental constitucional demandan fórmulas de extensión de garantías de trabajo decente descartando adaptaciones peyorativas en el ámbito de la promesa constitucional del trabajo como derecho fundamental.

Gráfico 1. Ocupados por posición ocupacional rural



Fuente: DANE (2019)

En el sector rural, si bien la tasa de desempleo es menor que en el sector urbano, existen disfuncionalidades relacionadas con la calidad del empleo dada la tasa de informalidad del 88% (Observatorio Laboral Universidad del Rosario, 2019), así como el deterioro de la remuneración de trabajo si se toma en consideración que el 73% recibe ingresos inferiores al salario mínimo legal mensual vigente⁵.

4. La economía popular

Los espacios de trabajo excluidos del ámbito de regulación legal laboral, a través de la comercialización de bienes y servicios para acceder a la vitalidad escindiendo estos espacios de trabajo del dispositivo de derechos sociales⁶.

El trabajo que se desarrolla en los espacios de economía popular no puede encuadrarse en las categorías de ilegalidad adscribiéndose a los espacios de exclusión de la disciplina legada al contrato de trabajo cuya respuesta de acompañamiento asistencial determinala extensión del ámbito de protección conforme a la directriz constitucional de 1991.

Más allá de las definiciones teóricas sobre la diferenciación/asimilación de las categorías economía informal/economía popular, la jurisprudencia constitucional ha considerado la especial vulnerabilidad de este grupo poblacional y la consecuencial demanda de acciones afirmativas para garantizar el acceso al trabajo que desempeñan en condiciones dignas y justas conforme a la promesa constitucional, en los siguientes términos: “dentro de la categoría de sujeto de especial protección se encuentran los trabajadores informales. De acuerdo con la Corte, la protección especial de las personas que se dedican a las ventas ambulantes obedece principalmente a que se encuentran “en situación de especial vulnerabilidad y debilidad por sus condiciones de pobreza o precariedad económica”. Al ser de especial protección constitucional, la Corte Constitucional ha sostenido que el Estado debe desplegar acciones afirmativas.

⁵ José Leibovich, “Caracterización del mercado laboral rural en Colombia y reflexiones de política”, (Misión de Empleo, 2020).

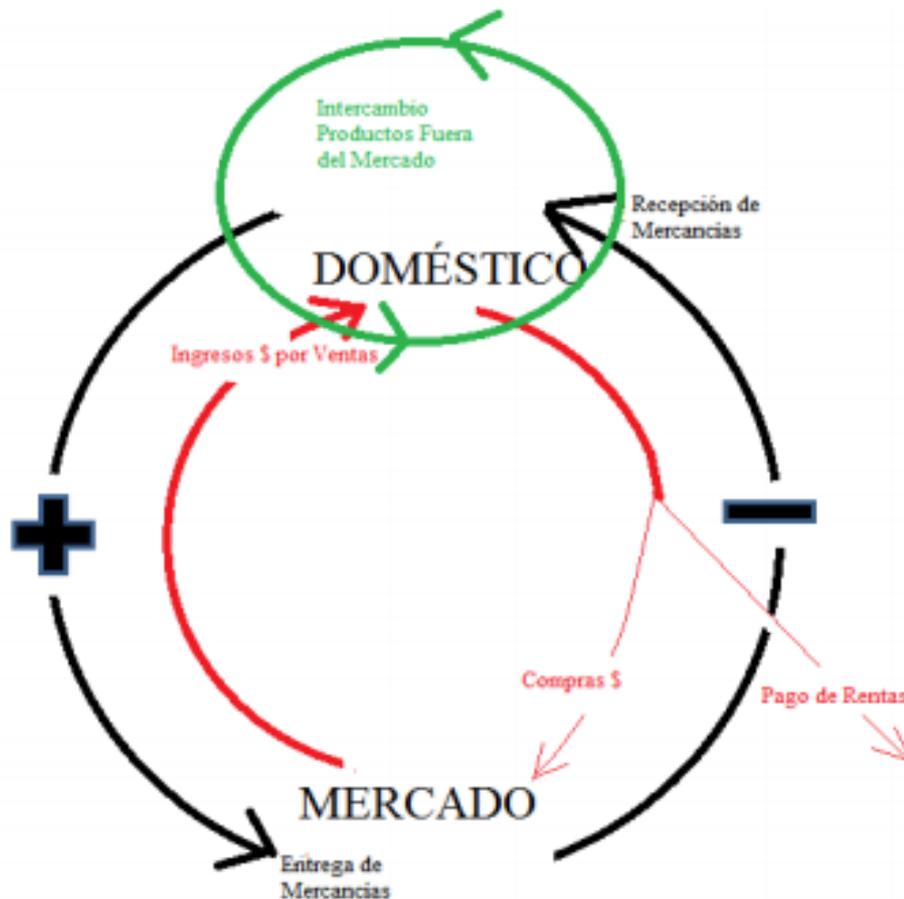
⁶ Alexandre Roig, “Reflexiones teóricas sobre Economía Popular”, (Ediciones Desde Abajo, 2017).

Sin embargo, debido a la forma en la que se ejerce el trabajo de ventas ambulantes, estas acciones implican una tensión con otros principios constitucionales, a saber: a) el principio de confianza legítima, derivado de los principios de buena fe y seguridad y de la libertad de profesión u oficio; y b) la protección y conservación del espacio público, derivado del deber del Estado de velar por la protección de este. (...)

A partir de lo anterior, el ordenamiento colombiano establece garantías, de orden constitucional y las propias como comerciante, para este grupo poblacional. La primera, de orden constitucional, implica que la calidad de sujetos de especial protección condiciona la relación contractual entre la administración y dicho grupo poblacional. Así, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el derecho constitucional de los trabajadores informales no consiste en que se los “transforme” en trabajadores formales, sino en tener un trabajo decente que les permita vivir en condiciones dignas.” (Corte Constitucional, sentencia T- 243 de 2019).

La redefinición de los roles sociales del trabajo y la familia en el contexto del (des) equilibrio de las responsabilidades de cuidado, que se traducen en el intercambio de bienes y servicios desde lo doméstico al mercado cuyo retorno resulta negativo (Gráfico 2.).

Gráfico 2. Asimetría en los términos de intercambio en la economía popular



Fuente: Giraldo, César (2017).

5. El acceso al trabajo en femenino

La brecha ocupacional y salarial que lesiona el acceso al trabajo en condiciones dignas y justas en concordancia con la cláusula general de igualdad prevista en el artículo 13 de la Constitución Política de Colombia.

El enfoque preconstitucional da cuenta del patrón de exclusión por género en términos del artículo 242 del Código Sustantivo del Trabajo a partir de prohibiciones específicas para el desempeño de actividades en jornada nocturna en su versión original y en los trabajos de pintura industrial en la normativa vigente, en los siguientes términos:

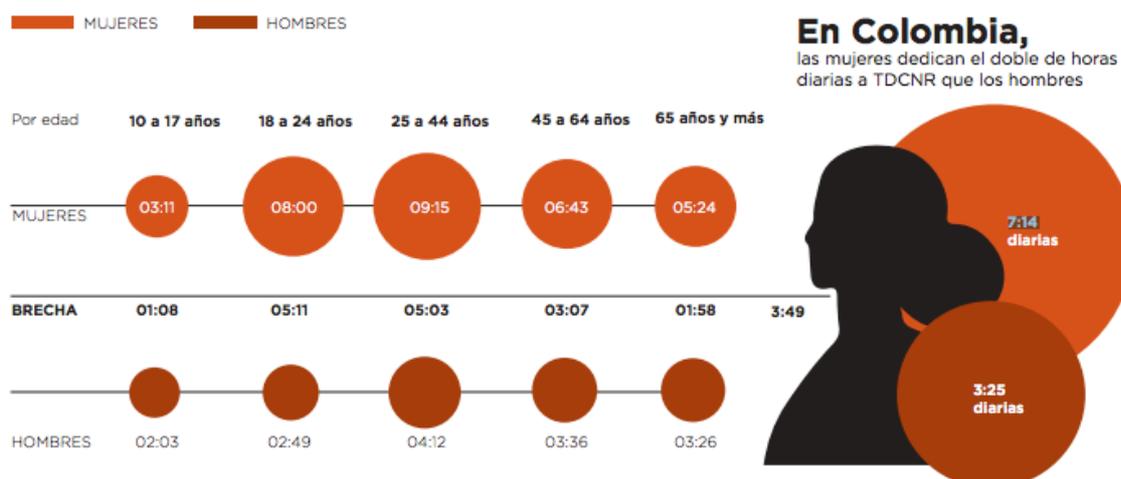
“Artículo 242. Trabajos prohibidos. (Versión original).

1. Las mujeres, sin distinción de edad, no pueden ser empleadas durante la noche en ninguna empresa industrial, salvo que se trate de una empresa en que estén empleados únicamente los miembros de una misma familia.
2. Queda prohibido emplear a los menores de dieciocho (18) años y a las mujeres en trabajos de pintura industrial que entrañen el empleo de la cerusa, de sulfato de plomo o de cualquier otro producto que contenga dichos pigmentos.
3. Las mujeres, sin distinción de edad, y los menores de diez y ocho (18) años no pueden ser empleados en trabajos subterráneos de las minas o que requieran grandes esfuerzos”

La declaración de inconstitucionalidad de las expresiones que excluyen a las mujeres de determinados tipos de mujeres, dan cuenta de la incompatibilidad del modelo constitucional con el patrón de exclusión legal pre-constitucional.

La distribución en los roles de cuidado derivados del patrón cultural machista determina que en el contexto colombiano la asignación de tiempos a trabajo no remunerado compromete 7:14 horas diarias a las mujeres en contraste con 3:25 horas que asignan los hombres para las mismas actividades (Gráfico 3).

Gráfico 3. Colombia. Horas promedio diarias dedicadas al trabajo doméstico y de cuidados no remunerado (TDCNR), Por grupo de edad y brechas entre mujeres y hombres (horas), según sexo 2016-2017.



Fuente: DANE. Encuesta Nacional de Uso del Tiempo (ENUT) 2016-2017

En este sentido, los estereotipos de género en materia de asignación de responsabilidades y roles de cuidado evidencia el acento de la matriz cultural de la problemática que pretende ser corregida por conducto del sistema de intervención de cumplimiento de la promesa constitucional de cierre de brechas (Tabla 2).

Tabla 2. Porcentaje de hombres y mujeres de acuerdo con afirmaciones sobre roles tradicionales Total nacional, 2016-17.

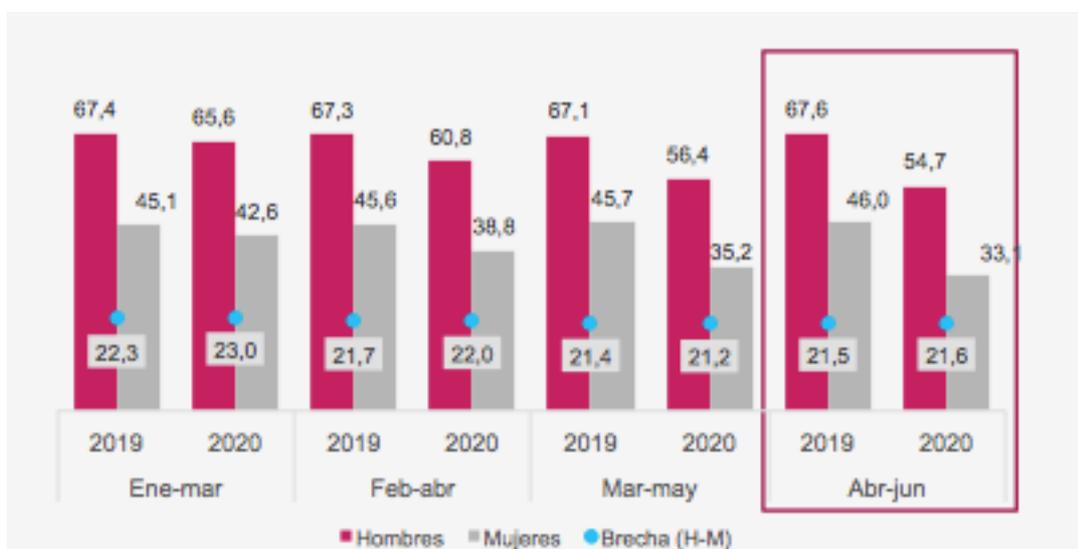
Afirmación	Personas de acuerdo o muy de acuerdo con la afirmación (%)		Personas de acuerdo o muy de acuerdo con la afirmación (%)	
	Total nacional		Bogotá	
	Hombres	Mujeres	Hombres	Mujeres
"El deber de un hombre es ganar dinero, el deber de la mujer es cuidar del hogar y la familia".	40,9%	36,2%	29,1%	26,6%
"Las mujeres son mejores para el trabajo doméstico que los hombres".	69,0%	67,1%	53,8%	52,2%
"Una madre que trabaja puede formar una relación tan cálida y segura con sus hijos como una madre que no trabaja".	57,7%	60,0%	61,2%	61,9%
"La cabeza del hogar debe ser el hombre".	47,2%	36,6%	30,0%	24,2%
"El esposo debe tomar las decisiones relacionadas con la vida de la esposa".	22,0%	15,1%	12,6%	8,9%

Fuente: DANE. Encuesta Nacional de Uso del Tiempo (ENUT) 2016-2017

Los efectos en materia de acceso a la garantía fundamental del trabajo en condiciones dignas y justas comportan para las mujeres el deterioro de acceso al empleo (Gráfico 4) en condiciones de equidad salarial cuya brecha respecto de los hombres alcanza el 12,1% (DANE, 2018).

Gráfico 4. Tasa de ocupación (%) según sexo y brecha (p.p.) Total Nacional.

Trimestres móviles Enero a Junio, 2019-2020



Fuente: DANE (2020)

En materia de brecha salarial, la correlación con el nivel educativo evidencia la mayor afectación de los menores niveles de formación, sin que exista compensación en función del nivel de formación en materia de reducción de las inequidades salariales en cumplimiento del mandato constitucional de igualdad y derecho fundamental al trabajo (Tabla 3.).

Tabla 3. Brecha entre hombres y mujeres en la media de ingresos laborales, según edad, nivel educativo e hijos 2018, Cifras en miles y brecha en porcentaje

Desagregaciones (II)	Ingreso laboral promedio total			Ingreso laboral promedio por hora			% de mujeres
	Hombres	Mujeres	Brecha (H-M; %)	Hombres	Mujeres	Brecha (H-M; %)	
15 a 24 años	732,3	701,3	4,2	3,9	4,2	-6,7	38,8
25 a 34 años	1.173,7	1.115,5	5,0	5,7	6,3	-9,0	41,2
35 a 44 años	1.408,7	1.201,7	14,7	6,8	6,9	-1,2	43,3
45 a 54 años	1.300,9	1.107,8	14,8	6,5	6,6	-2,1	41,1
55 o más años	1.136,9	830,9	26,9	6,3	5,9	6,9	37,2
Ninguno	601,7	376,2	37,5	3,0	2,6	11,9	30,3
Primaria	786,2	511,0	35,0	3,8	3,3	14,4	33,8
Secundaria	830,5	548,2	34,0	4,1	3,6	11,2	37,7
Media	1.052,4	770,4	26,8	5,2	4,5	12,6	42,0
Técnica y tecnológica	1.476,8	1.111,0	24,8	7,2	6,2	14,5	52,1
Profesional	2.631,9	2.138,0	18,8	14,1	12,8	9,6	52,8
Posgrado	5.287,6	4.056,8	23,3	29,0	23,3	19,6	51,9
Union libre	1.049,0	840,9	19,8	5,0	5,0	0,9	34,2
Casado/a	1.659,8	1.389,0	16,3	8,4	8,4	0,1	37,6
Separado/a o Divorciado/a	1.100,0	945,0	14,1	5,6	5,7	-2,0	57,7
Viudo/a	773,9	650,3	16,0	4,7	4,5	3,9	71,9
Sottero/a	1.019,9	1.161,8	-13,9	5,5	6,5	-18,9	37,8
Sin hijos	1.277,4	1.183,5	7,4	6,6	6,9	-4,3	35,1
Con hijos	1.136,9	992,7	12,7	5,7	5,9	-4,0	42,2
Con 1 hijo/a	1.196,0	1.086,0	9,2	6,0	6,5	-8,0	44,4
Con 2 hijos	1.226,5	1.031,3	15,9	6,1	6,0	1,1	42,6
Con 3 o más hijos	904,3	722,2	20,1	4,6	4,5	1,2	37,7

Fuente: DANE (2020)

La teórica ampliación del marco de tutela jurídico-laboral en el diseño constitucional a partir del mandato constitucional de igualdad y garantía del derecho fundamental al trabajo mantiene las brechas empíricas que demuestran el mantenimiento de la demanda de corrección transcurridos 30 años del marco constitucional colombiano.

Los rezagos históricos de la estructura laboral pre-constitucional en materia de cierre de brechas por género en el ámbito ocupacional y salarial demanda la actualización de la estrategia de intervención para la promoción de la equidad de género a través de incentivos, -inclusión de sellos de prestigio como EQUIPARES-, y la profundización de acciones afirmativas específicas que amplíen el marco de tutela del derecho del trabajo en clave de género.

6. Trabajo y discapacidad

La redefinición del ámbito subjetivo de tutela de la disciplina laboral, en el ámbito de la Constitución Política de 1991, supone la inclusión de grupos poblacionales tradicionalmente excluidos del marco de regulación como las personas con discapacidad y el diseño de inclusión social a partir del trabajo.

La visión asistencial de aproximación a la relación personas con discapacidad-derecho del trabajo, debe ser superada en términos de actualización por la visión “biopsicosocial”⁷ incorporando a la visión tradicional de aproximación médica, estándares de inclusión con derechos, entre otros, al trabajo con acciones afirmativas específicas.

El marco de protección laboral al grupo poblacional de las personas con discapacidad se ha centrado en el refuerzo del principio de estabilidad que ha invisibilizado el catálogo de ajustes razonables para la remoción de barreras que garantice la promesa constitucional de igualdad y derecho al trabajo. En este sentido, el artículo 2 la ley estatutaria 1618 de 2013 define el marco conceptual de las barreras que impiden el disfrute de derechos de las personas con discapacidad en los siguientes términos:

“5. Barreras: Cualquier tipo de obstáculo que impida el ejercicio efectivo de los derechos de las personas con algún tipo de discapacidad. Estas pueden ser:

a) Actitudinales: Aquellas conductas, palabras, frases, sentimientos, preconcepciones, estigmas, que impiden u obstaculizan el acceso en condiciones de igualdad de las personas con y/o en situación de discapacidad a los espacios, objetos, servicios y en general a las posibilidades que ofrece la sociedad;

b) Comunicativas: Aquellos obstáculos que impiden o dificultan el acceso a la información, a la consulta, al conocimiento y en general, el desarrollo en condiciones de igualdad del proceso comunicativo de las personas con discapacidad a través de cualquier medio o modo de comunicación, incluidas las dificultades en la interacción comunicativa de las personas.

⁷ Andrea Carolina, Padilla Muñoz, “Discapacidad: concepto, contexto y modelos” Revista Colombiana de Derecho, No. 16, (Enero - Julio 2010).

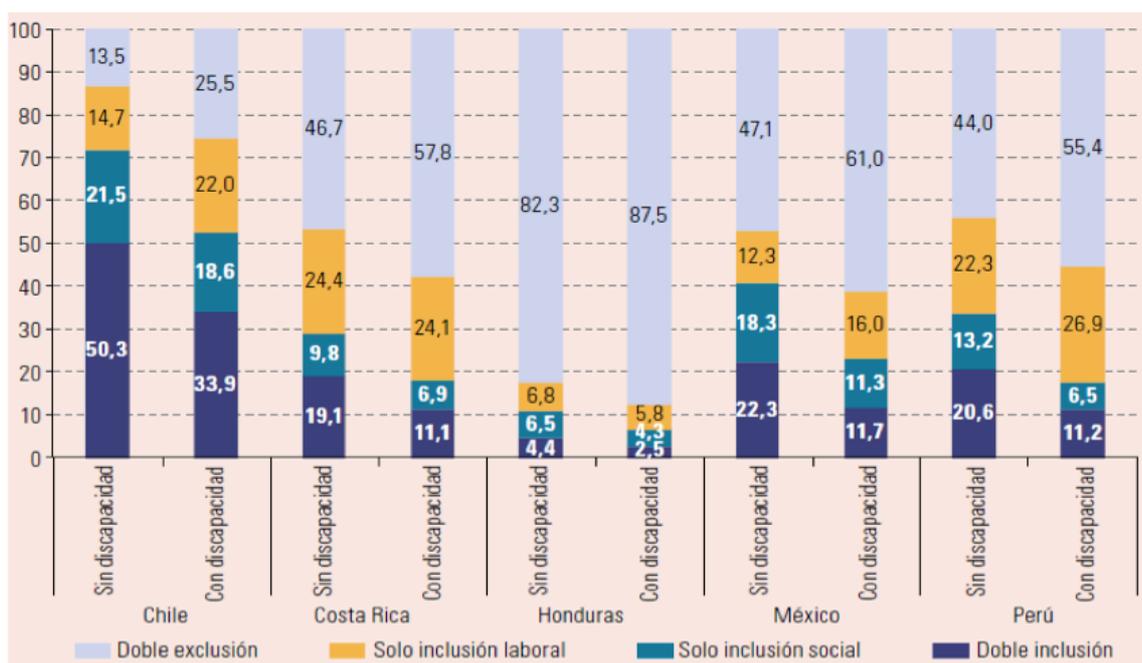
c) Físicas: Aquellos obstáculos materiales, tangibles o contruidos que impiden o dificultan el acceso y el uso de espacios, objetos y servicios de carácter público y privado, en condiciones de igualdad por parte de las personas con discapacidad.”

La ausencia de enfoque de remoción de barreras e el ámbito laboral para la inclusión con derechos de personas con discapacidad ha determinado la orientación de exclusión contrayendo la relación discapacidad-trabajo a la definición del contenido y alcance de la garantía de estabilidad reforzada promoviendo el rechazo de la vinculación de las personas con discapacidad.

De acuerdo con el Ministerio del Trabajo en Colombia para el año 2019 se identificaron 3,474,611 personas con discapacidad de los cuáles el 26,7% se encuentra ocupado de los cuáles el 80% no se encuentra vinculado mediante contrato de trabajo.

La correlación de la exclusión laboral con la falta de acceso a servicios sociales determina espacios de doble exclusión, laboral-social- que dificulta la remoción de barreras en la estrategia de inclusión con derechos (Gráfico 5).

Gráfico 5. América Latina: personas en situación de doble inclusión, inclusión social, inclusión laboral y doble exclusión, por situación de discapacidad, alrededor de 2015 (En porcentajes).

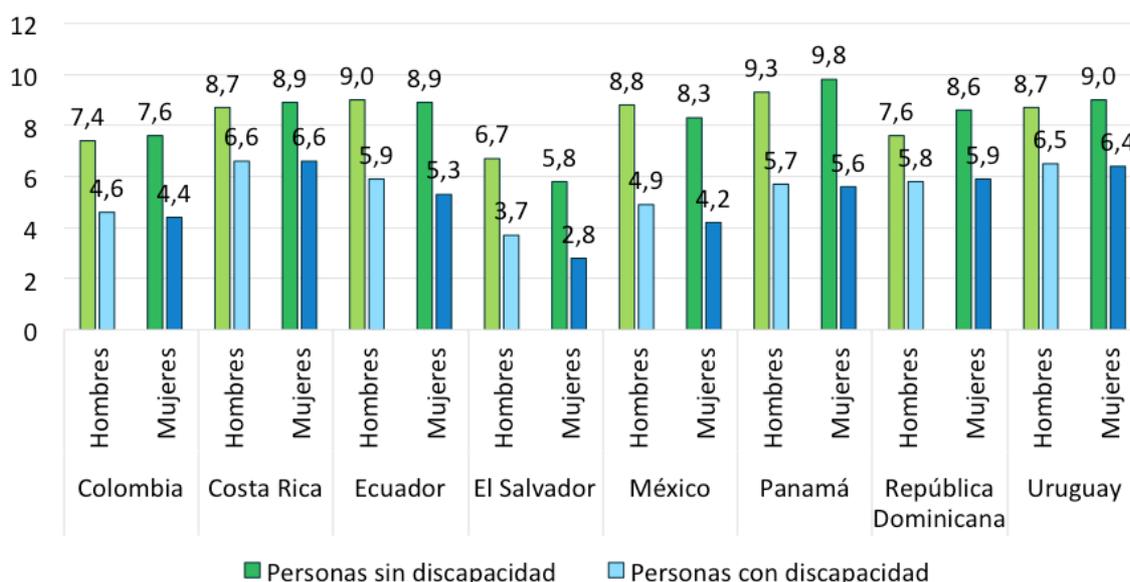


Fuente: Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) (2018).

La exclusión del ámbito de tutela laboral de las personas con discapacidad que frustran el disfrute del derecho al trabajo como garantía constitucional fundamental cuyas acciones afirmativas están ligadas en Colombia a la combinación de: (i) incentivos – reducción del impuesto de renta por contratación de personas con discapacidad previsto en el artículo 31 de la Ley 361 de 1997 y puntuación adicional en procesos de licitación pública y concurso de méritos de conformidad con el decreto 392 de 2018 - y (ii) cuotas – porcentajes graduales para el sector público de conformidad con el mandato contenido en el decreto 2011 de 2017-.

El circuito del proceso inclusión de personas con discapacidad para el disfrute de derechos, está ligado, entre otros, a las brechas y barreras en materia de acceso al derecho a la educación y formación que condiciona negativamente el acceso al derecho fundamental al trabajo (Gráfico 6).

Gráfico 6. América Latina: años promedio de estudios entre la población 25 años y más, alrededor de 2010 (En años)

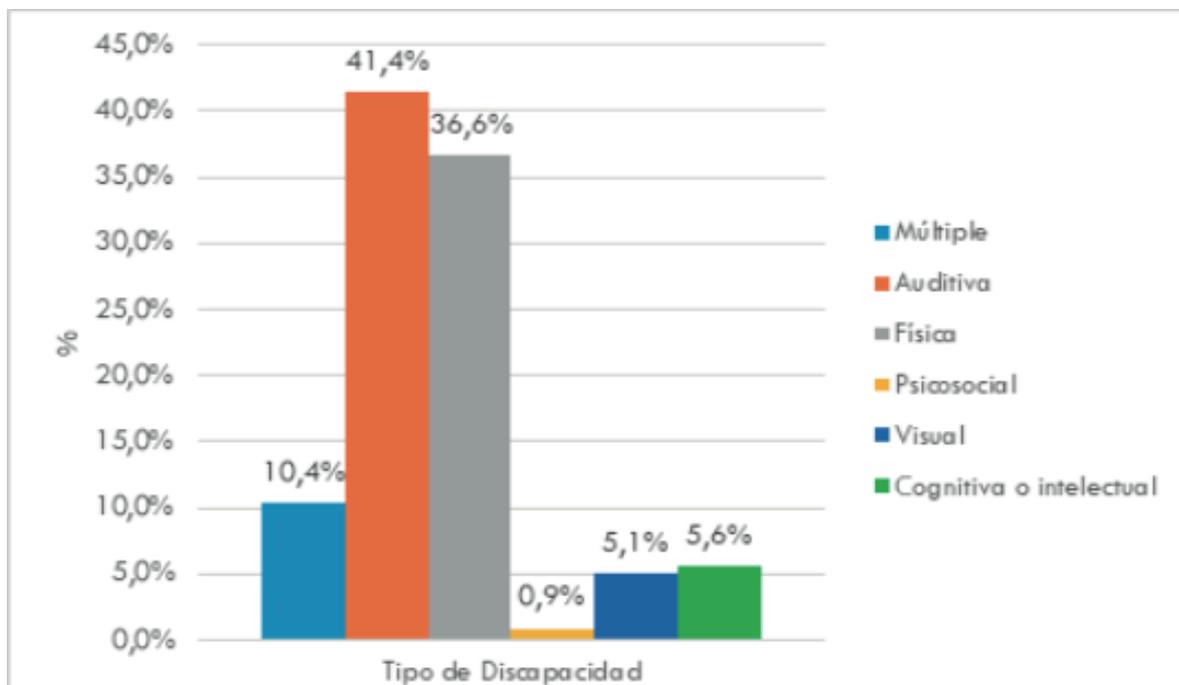


Fuente: Ullmann (2019)

La extensión del ámbito de tutela laboral al grupo poblacional integrado por las personas con discapacidad, demanda el tránsito de la visión exclusiva de la estabilidad reforzada, que comporta la autorización administrativa-laboral para la eficacia del despido, hacia el enfoque de remoción de barreras que parece no haber ingresado al ámbito laboral para la realización de la promesa constitucional de la garantía fundamental del derecho al trabajo en concordancia con el postulado de igualdad.

En el marco de las rutas preferenciales como acción afirmativa para promover políticas activas de inclusión laboral de personas con discapacidad el Servicio Público de Empleo ha identificado desde el sistema de operadores públicos y privados, la colocación de 1.888 trabajadores con diversos tipos de discapacidad en el período enero-septiembre de 2019 (Gráfico 7).

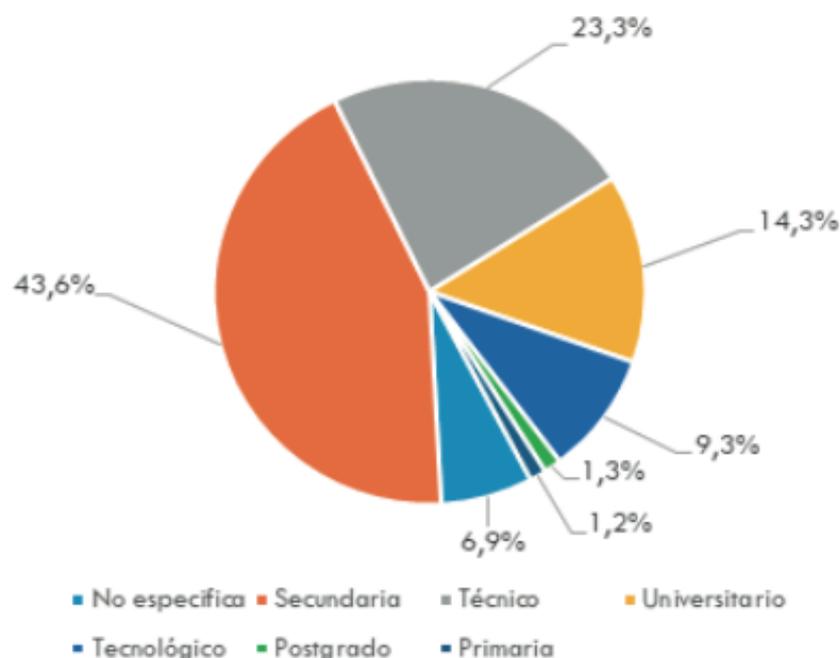
Gráfico 7. Tipo de Discapacidad - colocaciones 2019



Fuente: Sistema de Información del Servicio de Empleo (2019)

La demanda de empresas que postularon vacantes para el mismo período (enero-septiembre de 2019) evidencia la distribución sectorial entre: actividades administrativas y de apoyo de oficina y otras actividades de apoyo a las empresas (8,7%), actividades de servicios de información (3,2%) y actividades de seguridad e investigación privada (3,1%), con niveles de formación en la demanda de prevalencia de educación secundaria y técnica.⁸

Gráfico 8. Composición del nivel de formación en las vacantes habilitadas para personas con discapacidad



Fuente: Sistema de Información del Servicio de Empleo (2019)

7. Trabajo en plataformas

La bilateralidad de la relación capital – trabajo sobre la que se edificó el modelo laboral tuitivo ha sido superada por la incorporación de algoritmos capaces de modular el ámbito subordinante de la relación de trabajo que supone

⁸ Unidad del Servicio Público de Empleo, #más derechos, más inclusión, (2020).

dificultades para la garantía constitucional de un trabajo en condiciones dignas y justas en todas las modalidades.

La imputación de la categoría de empleador a la plataforma que controla la prestación de servicios personales se ha derivado en la jurisprudencia europea a partir de los indicios – guía de identificación de la relación de trabajo incluidos en la Recomendación 198 de la Organización Internacional del Trabajo.

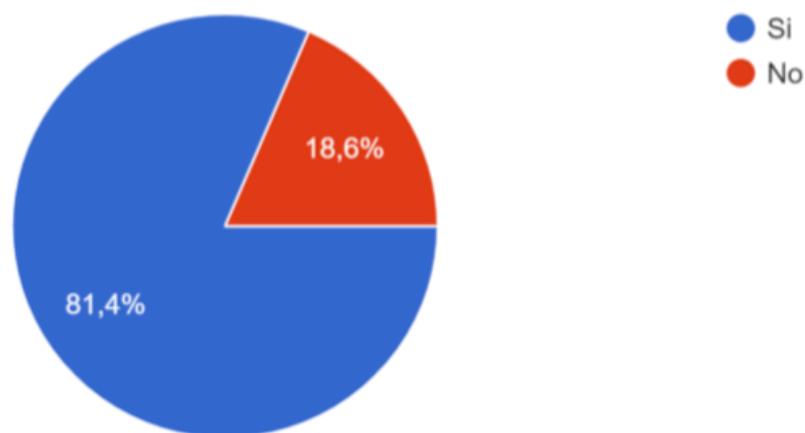
“Existen otros indicios favorables a la existencia de una relación laboral:

1) La geolocalización por GPS del demandante mientras realizaba su actividad, registrando los kilómetros que recorría, es también un indicio relevante de dependencia en la medida en que permite el control empresarial en tiempo real del desempeño de la prestación. Los repartidores están sujetos a un permanente sistema de control mientras desarrollan la prestación del servicio. 2) Glovo no se limitaba a encomendar al repartidor la realización de un determinado servicio sino que precisaba cómo debía prestarse, controlando el cumplimiento de las indicaciones a través de la aplicación. Así, se establecía que el repartidor debía realizar el servicio en el plazo máximo acordado; se especificaba cómo debía dirigirse al usuario final; se le prohibía utilizar distintivos corporativos tales como camisetas, gorros, etc. Por consiguiente, Glovo estableció instrucciones dirigidas a los repartidores relativas a cómo realizar la prestación del servicio. El actor se limitaba a recibir las órdenes de Glovo en virtud de las cuales debía recoger cada pedido de un comercio y llevarlo al domicilio de un cliente final. 3) Glovo proporcionó al actor una tarjeta de crédito para que pudiera comprar productos para el usuario: cuando se adquiere un producto para entregarlo al consumidor final, el repartidor utiliza una tarjeta de crédito proporcionada por Glovo. Y se pactó que, si el repartidor necesitaba un adelanto para el inicio de la actividad, Glovo le realizaría un adelanto de 100 euros. 4) Glovo abona de una compensación económica por el tiempo de espera. Se trata del tiempo que el repartidor pasa en el lugar de recogida esperando su pedido. 5) En el contrato de TRADE suscrito por ambas partes se especifican trece causas justificadas de resolución del contrato por la empresa consistentes en incumplimientos contractuales del repartidor: por retraso continuado en la prestación del servicio; realización deficiente o defectuosa de los servicios; ofensas verbales o físicas a

las personas que presten servicios para Glovo, usuarios, proveedores o cualquier tercero relacionado con Glovo; transgresión de la buena fe contractual o el abuso de confianza en el desempeño de las funciones encomendadas... Algunas de ellas, como esta última, son trasunto literal de los incumplimientos contractuales que justifican el despido disciplinario recogidos en el art. 54 del ET. 6) Glovo es el único que dispone de la información necesaria para el manejo de sistema de negocio: los comercios adheridos, los pedidos.” (Tribunal Supremo, Sala de lo Social, España, 23 de septiembre, rad. 4746/2019).⁹

En el encuadramiento de los trabajadores de plataformas debe tomarse en consideración: i) la ausencia de neutralidad de la plataforma, ii) el carácter prevalentemente personal de los servicios y iii) la posibilidad de coexistencia de contratos (artículo 26 del Código Sustantivo del Trabajo) aunado a la contra evidencia empírica (Gráfico 9) que no descarta la presencia de la relación de trabajo.

Gráfico 9. Encuesta a Rappitenderos: ¿Trabaja sólo en Rappi o tiene otros empleos o fuentes de ingresos)

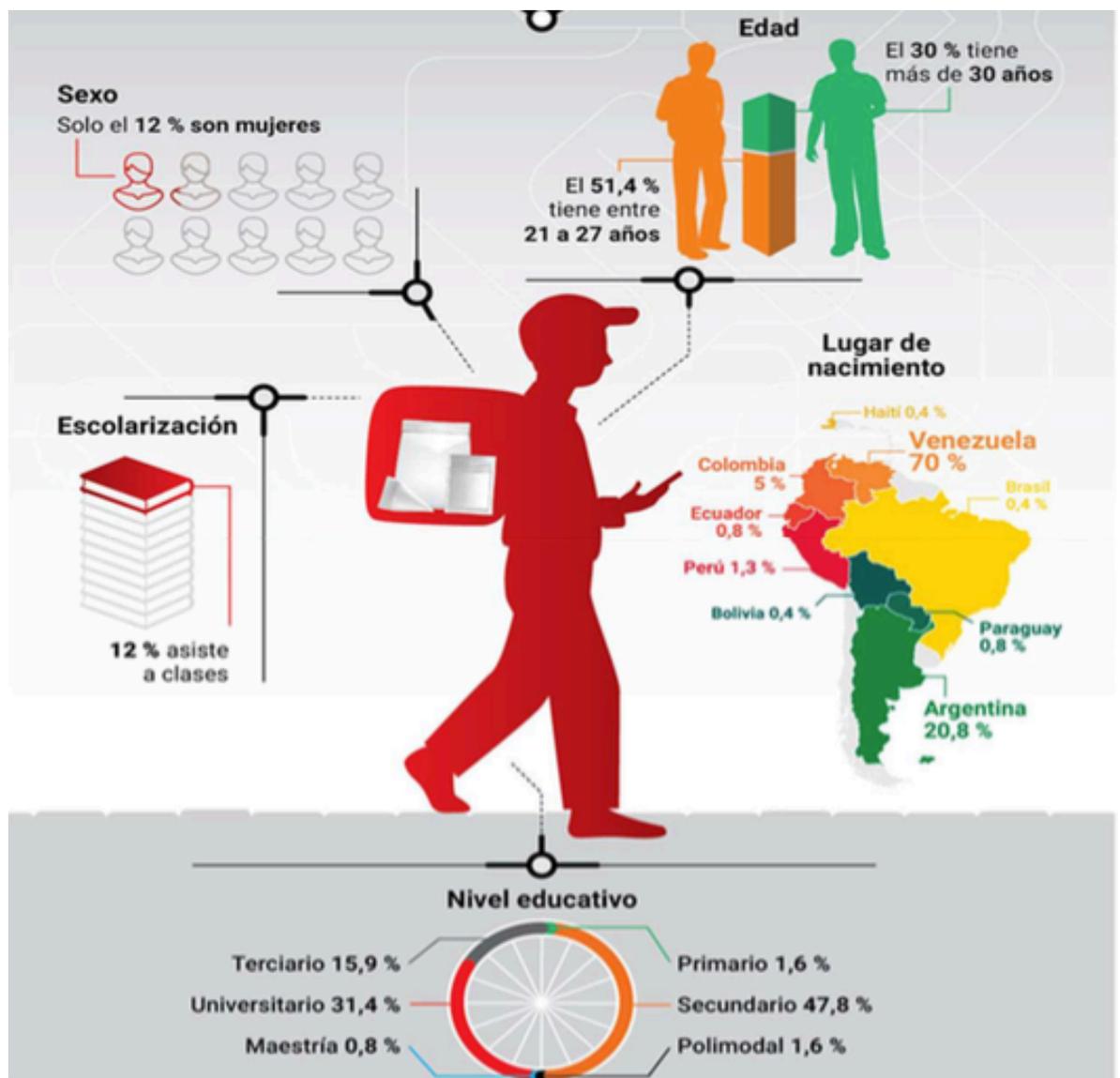


Fuente: Observatorio Laboral Universidad del Rosario, Centro de Solidaridad, Defens y Escuela Nacional Sindical (2019)

⁹ En el mismo sentido ver: Corte Suprema de Justicia de Italia sede de Casación sentencia de radicación 1663 del 24 de enero de 2020, Tribunal de Casación de Francia, Sentencia 374, del 4 de marzo de 2020)

La caracterización de los trabajadores de plataformas digitales como centro de imputación de garantías laborales demuestra la necesaria intervención con enfoque en este grupo poblacional que la Constitución Política y el Derecho del Trabajo han tenido especial dificultad de incluir en su ámbito de protección (Gráfico 10).

Gráfico 10. Caracterización trabajadores de plataformas en América Latina

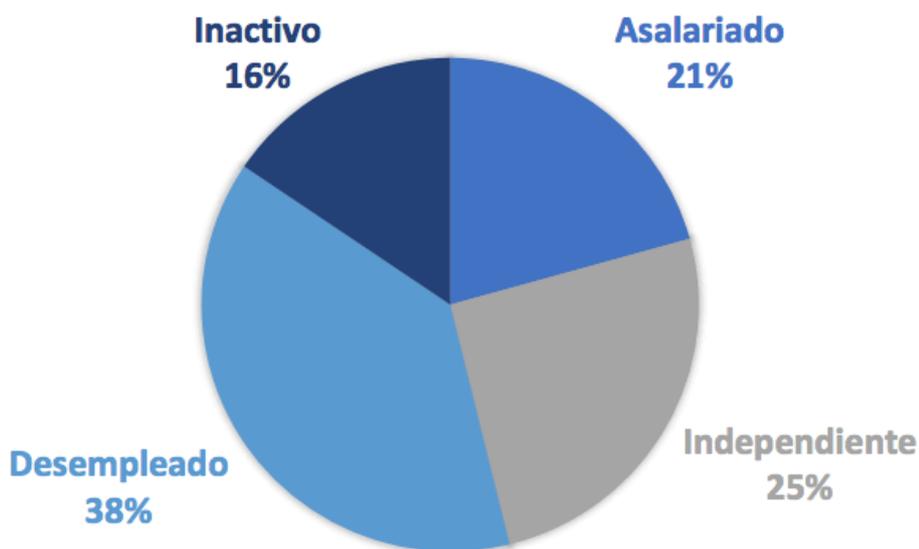


Fuente: OIT, 2019.

El debate en el parlamento colombiano ha puesto el acento en la calificación jurídica de los trabajadores como “asociados”, “socios”, “independientes”, en la articulación de los proyectos de ley 221/2020 acumulado con los proyectos de ley 85 y 246 de 2020 que contrarían el principio de primacía de la realidad incluido en el artículo 53 de la Constitución Política por el cual, en caso de discrepancia entre lo que sucede en el terreno de los hechos y las formas debe atenderse a lo fáctico en cada supuesto.

La teórica opción de empleabilidad para personas en la informalidad como beneficio social del trabajo en plataformas contrasta con la evidencia empírica sobre alternativas en caso de prescindir de aquéllas (Gráfico 11.) que deben transitar la adscripción a la formalidad para constituir alternativa de empleabilidad con derechos, protección social y diálogo social.

Gráfico 11. Encuesta a Rappitenderos: ¿Qué actividad estarían haciendo si no existieran las plataformas?



Fuente: Fedesarrollo (2020).

En California, las plataformas Uber, Lyft y DoorDash promovieron la proposición 22 que contenía una consulta popular para inaplicar la ley AB (Assembly Bill) 5 que calificaba a este grupo de trabajadores como trabajadores dependientes.

La aprobación popular de la propuesta debe considerar en las definiciones del sistema de intervención laboral, el inconveniente traslado del debate a los consumidores finales del servicio, el cual contiene un estímulo directo a la reducción de costos laborales, que explica el apoyo a iniciativas de este tipo, dada la preferencia por el abaratamiento del servicio y una competencia a la baja con la consecuente degradación de derechos laborales.

El amparo constitucional de garantía de un trabajo en condiciones dignas y justas parece lejano para los trabajadores que redujeron distancias a partir del modelo de plataformas que debe incorporarse en el proyecto de trabajo decente y el sistema de garantías universales y constitucionales reconociendo la calidad de trabajadores y trabajo objeto de tutela.

8. La libertad sindical de los trabajos

La ampliación del ámbito de protección laboral ordenado en el mandato constitucional debe ser extendido al marco de derechos colectivos estructurados bajo el marco de respeto del principio de libertad sindical que integra el derecho de asociación sindical, la negociación colectiva y la huelga.

En este sentido, la Sala de Casación Laboral determinó el necesario ajuste del modelo de relaciones colectivas a la garantía de libertad sindical en “todas las modalidades” de trabajo.

“(…) debe entenderse que el legislador no hizo distinción frente a la naturaleza del vínculo de las personas que conforman los sindicatos de empresa ni de los trabajadores que se asocian libremente.

En este sentido, adviértase que, por una parte, el artículo 353 *ibídem* prevé que «los trabajadores tienen el derecho de asociarse libremente en defensa de sus intereses», sin imponer alguna limitación, excepción o calificación, y, por otra, la norma sobre organizaciones de base señala que estas

están formadas por «individuos», sin entrar a definir la condición de los sujetos ni hacer algún tipo de discriminación al respecto, de ahí que una interpretación restrictiva como la del tribunal accionado, conlleva necesariamente a la vulneración del derecho de libertad sindical, pues de ninguna manera podía concluirse que sólo puede constituirse por «individuos» vinculados con el contratante bajo una relación laboral regida por un contrato de trabajo, máxime que de ello dependía la disolución o no de la Unión Sindical de Trabajadores de las Apuestas (USTA).

No obstante, surge imperioso aclarar que el término «trabajadores» no puede limitarse únicamente a quienes prestan sus servicios bajo un contrato de trabajo, habida cuenta que este sólo constituye una de las diversas formas de regular la relación de trabajo, pues también hay trabajo en otro tipo de vinculaciones no sujetas a contrato de trabajo, como las de los prestadores de sus servicios con vínculo jurídico civil o comercial, esto en la medida que dicho concepto supone el esfuerzo humano en la prestación de un servicio, con independencia de la naturaleza jurídica del vínculo contractual.” (Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia, Sala de Casación Laboral, SL 7928-2020 Rad. 60372, 9 de septiembre de 2020).

La adaptación del modelo sindical previsto en el Código Sustantivo del Trabajo, pre-constitucional, a los parámetros constitucionales de 1991 e internacionales que se integran a partir del bloque de la constitucional, a las normas vinculantes sobre el contenido y alcance del derecho fundamental de libertad sindical, determina la extensión del ejercicio de este derecho a los trabajadores entendidos en su acepción genérica sin que resulte admisible su restricción a los trabajadores dependientes en forma excluyente.

Así las cosas, el Convenio 87 de la OIT se integra al nivel constitucional sobre la regulación del derecho fundamental de libertad sindical en concordancia con los pronunciamientos proferidos por el Comité de Libertad Sindical como “órgano de control de la Organización Internacional del Trabajo que constituyen una lectura autorizada de los convenios, siempre que la Corte Internacional de Justicia no haya resuelto en contrario”.

En este sentido, la correcta interpretación del artículo 356 del Código Sustantivo del Trabajo sobre la facultad de constitución de sindicatos, en el ámbito constitucional colombiano al que se integra el Convenio 87 de la OIT, comporta la ampliación subjetiva del ámbito subjetivo a todos los tipos de trabajadores con independencia del vínculo contractual.

La interpretación correcta de las normas legales sobre constitución y clasificación de las organizaciones sindicales debe actualizada a los patrones del derecho fundamental incluido en el artículo 25 de la Constitución Política que protege el trabajo <<en todas sus modalidades>> en su acepción genérica.

La postura de la jurisprudencia laboral colombiana constituye un precedente determinante para el ejercicio del derecho fundamental de asociación sindical para la garantía del sistema de protección en sentido amplio, con inclusión de los diversos tipos de trabajo en el contexto del siglo XXI, más allá del modelo de trabajo subordinado, sobre el cual se edificó el sistema de intervención laboral colombiano en 1950.

9. Conclusión de cara a la amplificación del trabajo en clave constitucional

La demanda de actualización de la disciplina jurídico-laboral al modelo constitucional supone la ampliación del marco de intervención orientado a la tutela de todas las modalidades de trabajo en condiciones dignas y justas.

El trabajador para el cual fue diseñado el modelo de protección ha sido amplificado en su patrón a diversos tipos de trabajadores ignorados por el Derecho del Trabajo en su visión fundacional cuya puerta de entrada está articulada en el ordenamiento constitucional de 1991.

La construcción de la categoría jurídica *trabajador* corresponde a una abstracción política contextual que supone adaptaciones en la recepción del modelo constitucional que reconoce e incorpora a los *trabajadores y trabajadoras* en las diversas modalidades como merecedores de protección del modelo *iuslaboral*.

De la misma manera, el centro de imputación patronal ha sido modificado del tradicional modelo de producción fordista al desmaterialización a partir de algoritmos, de libre circulación que supera los límites de la territorialidad cuya identificación resulta compleja en el contexto de la digitalización y automatización del trabajo y los sistemas productivos.

La exclusión tradicional de grupos poblaciones específicos del modelo de protección laboral determina la progresiva reducción del ámbito de gobierno del Derecho del Trabajo profundizando las vulnerabilidades de los trabajadores tradicionalmente excluidos de la disciplina laboral.

El acento en *los trabajos* del mandato constitucional de 1991 reconoce la reconfiguración laboral y el tránsito consecuencial a modelo de protección del trabajo en condiciones dignas y justas, en su acepción general a partir de estándares de trabajo decente: reconocimiento de derechos, protección social y diálogo social sobre los que descansa su admisibilidad constitucional.

Bibliografía

- BARASSI, L. (1901). *Il Contratto di Lavoro nel Diritto Positivo Italiano* (Società Editrice Libreria).
- BERG, J. (2019). *Las plataformas digitales de trabajo: Cómo fomentar el trabajo decente en el mundo digital*, (OIT).
- LEIBOVICH, J. (2020). “Caracterización del mercado laboral rural en Colombia y reflexiones de política”, (Misión de Empleo).
- MALAGÓN, M. (2015). *Salvajes, bárbaros e inmigrantes en el derecho administrativo hispanoamericano*, (Universidad Externado).
- MORA CABELLO DE ALBA, L. (2013). *Trabajar en femenino, trabajar en masculino*, Editorial Bomarzo, Albacete, España.
- PERULLI, A. (2019). “Il Lavoro Autonomo”, en: *Lecturas de Derecho Laboral Español e Italiano*, editorial Tirant Lo Blanch.
- ROIG, A. (2017). “Reflexiones teóricas sobre Economía Popular”, (Ediciones Desde Abajo).
- ROMAGNOLI, U. (1996). “Del trabajo declinado en singular, a los trabajos en plural, (investidura como Doctor Honoris Causa por la Universidad de Castilla La Mancha).
- ROMAGNOLI, U. (1996). *El Derecho el Trabajo y la Historia*, (Consejo Económico y Social).
- ULLMANN, H. (2019). *Discapacidad y la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible: oportunidades y desafíos*, (CEPAL).
- VALDÉS ALONSO, A. (2019). “El Trabajo Autónomo”, en: *Lecturas de Derecho Laboral Español e Italiano*, editorial Tirant Lo Blanch.

**LA PODEROSA Y COMPLEJA DEFINICIÓN DE VIOLENCIA Y
ACOSO LABORAL EN EL CONVENIO 190**

**THE POWERFUL AND COMPLEX DEFINITION OF
WORKPLACE VIOLENCE AND HARASSMENT IN THE 190
CONVENTION**

César ARESE

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Director de Derechos Humanos Laborales-Derecho Internacional del Trabajo, Doctor en Derechos y Cs. Soc. y post doctorado, Universidad Nacional de Córdoba, Argentina. Colaborador externo de OIT.

cesararese2009@hotmail.com

Fecha de envío: 02/12/2021

Fecha de aceptación: 15/12/2021

LA PODEROSA Y COMPLEJA DEFINICIÓN DE VIOLENCIA Y ACOSO LABORAL EN EL CONVENIO 190

César ARESE

Universidad Nacional de Córdoba (Argentina)

Resumen: En el presente trabajo se aborda la problemática de la definición de los conceptos de violencia y acoso laboral en el marco contextual normativo del Convenio Internacional del Trabajo N° 190 de la OIT.

Palabras clave: Violencia - Acoso - Convenio 190 OIT - Acoso sexual - Acoso de género

Sumario: 1. La poderosa definición del convenio 190. 2. Sustancia y aroma del derecho. 2.1. El magna expansivo del convenio. 2.2. El alimento del motor normativo. 2.3. Pautas interpretativas. 3. Para un desbroce de la definición. 3.1. El texto. 3.2. La calidad inaceptable de los comportamientos y prácticas. 3.3. Indiferencia de la efectivización del daño. 3.4. Indiferencia de la manifestación en el tiempo o en la forma. 3.5. Indiferencia del objeto o finalidad dañosos. 3.6. Variedad de daños. 3.7. Violencia y acoso sexual o de género. 3.8. La adopción nacional de la definición. 3.8. Proyección al ámbito de aplicación. 4. Conclusión muy breve.

Abstract: This work addresses the problem of defining the concepts of violence and harassment in the workplace in the normative contextual framework of the International Labor Convention No. 190 of the ILO.

Key words: Violence - Harassment - ILO Convention 190 - Sexual harassment - Gender harassment

Summary: 1. The powerful definition of Convention 190. 2. Substance and aroma of law. 2.1. The expansive magnum of the agreement. 2.2. The normative motor food. 23. Interpretive guidelines. 3. For a clearing of the definition. 3.1. The text. 3.2. The unacceptable quality of behaviors and practices. 3.3. Indifference of the effectiveness of the damage. 3.4. Indifference of the manifestation in time or in form. 3.5. Indifference of the harmful object or purpose. 3.6. Variety of damages. 3.7. Violence and sexual or gender harassment. 3.8. National adoption of the definition. 3.8. Projection to the scope of application. 4. Very short conclusion.

1. La poderosa definición del Convenio 190

Por cierto, existen numerosas definiciones de violencia y acoso laboral legislativas nacionales, doctrinas y jurisprudenciales que ahora, con la vigencia del Convenio de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) Nro. 190 sobre la violencia y el acoso, deben ser repensadas. Si ir muy lejos, en la primera edición del libro *Derechos Humanos Laborales* y en su segunda edición en portugués *Direitos Humanos Trabalhistas*¹, el autor de este artículo incluyó un concepto de violencia laboral². Ahora está francamente revisada y reescrita.

El Convenio 190, contiene una definición que, por su génesis normativa, completitud y condición de autoridad y carácter ecuménico, impacta globalmente en cuanta invocación, aplicación e interpretación se realice sobre la materia. Y esto, aun cuando un país no haya ratificado ese instrumento o no haya reglamentado su vigencia interna.

La definición de la expresión “violencia y acoso” en el mundo del trabajo contenida en el art. 1 del convenio 190 de OIT, ha venido a precisar, innovar y ampliar la ponderación del derecho a un mundo exento de esa patología. Junto con el ámbito de aplicación dispuesto en los arts. 2 y 3 son las reglas operativas de todo el conjunto de disposiciones del convenio y la recomendación.

Si bien las disposiciones de la Recomendación 206 complementan el Convenio sobre la violencia y el acoso, 2019 deberán considerarse conjuntamente, la última no refiere a la definición. Pero remarca un elemento central según se verá: el “enfoque inclusivo, integrado y que tenga en cuenta las consideraciones de género (...)”.

En este trabajo se aportan elementos de análisis para la poderosa definición contenida en el instrumento.

2. Sustancia y aroma del derecho

¹ ARESE, César, *Derechos Humanos Laborales*, Ed. Rubinzal Culzoni, Bs. As. 2014, p. 95 y ARESE, César, *Direitos Humanos Trabalhistas*, Ed. Instituto Memoria, Curitiba, 2020, p. 127

² “Debe considerarse como violencia laboral a todo acto idóneo para producir en forma directa o indirecta un daño físico, moral o psíquico, el asedio o acoso sexual o psicológico, maltrato episódico o continuado, amedrentamiento, intimidación y hostigamiento sobre un trabajador producido por el hecho, en ocasión o en relación con el trabajo dependiente”.

2.1. El magna expansivo del convenio

Lo central del convenio es que la protección contra la violencia y el acoso surge de las normas de Derechos Humanos relativas al respeto de la igualdad, dignidad, no discriminación y tolerancia. El preámbulo del convenio 190 remarca fuentes jurídicas de base que encuadran el derecho en el más importante derecho de la humanidad: los derechos humanos³. El 190 es un convenio sobre derechos humanos laborales porque desde ese derecho y sus normas positivas, consagra “el derecho de toda persona a un mundo del trabajo libre de violencia y acoso, incluidos la violencia y el acoso por razón de género” y, porque su existencia, “puede constituir una violación o un abuso de los derechos humanos”.

Esta médula del convenio obliga a trabajar, aplicativa e interpretativamente, según los cánones de universalidad, indivisibilidad, interdependencia e interrelación de los derechos humanos, tanto los derechos civiles y políticos, como los económicos, sociales y culturales, entre los que se anotan los laborales y los relativos a ese mundo libre de violencia y acoso⁴. Desde la misma matriz, su naturaleza de derechos inalienables o irrenunciables, iguales y no discriminatorios.

Toda violación a un derecho humano, aunque sea específico, de minorías o individualizado, como en los relativo a discapacidad, migración racial, ideología, religión, condición social, género, etc. constituye una afrenta a la humanidad y a los derechos humanos en su conjunto. No existen unos más

³ Cita como fuentes nucleares a la Declaración de Filadelfia en cuanto “afirma que todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo, tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades; los convenios fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo y otros instrumentos internacionales pertinentes, como la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

⁴ OIT, Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Adenda al Informe de 2020 de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, parr. 53, 109ª Conferencia, 2021.

importantes que otros; no hay un “derecho-humanómetro” que otorgue prioridades excluyentes o tratos desiguales para su protección. Por lo demás, la característica universal, indivisible, interdependiente e interrelacionada de la materia implica suma instrumentos de otros sistemas, en el caso particular de América, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

2.2. El alimento del motor normativo

De otro lado, el Convenio 190 exhala perfume de mujer. Esta expresión no pertenece al autor. Pero tuvo la fortuna de asistir a los debates sobre el proyecto Convenio 190 sobre Violencia Acoso Laboral durante la 108 Conferencia Internacional de OIT en el Palacio de Naciones Unidas en Ginebra. Estaba muy clara la disposición y gran impulso que daban las delegadas del sector de trabajadores a la aprobación de la norma. Al lograrse, hubo un gran festejo fundamentalmente femenino. En la sala se respiraba perfume de mujer.

También en el preámbulo y en la definición misma del convenio, con particular énfasis, aparece la cuestión de género. No sólo por la referencia directa a la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW). También otros instrumentos como la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Belem do Pará), la Convención Interamericana Contra toda Forma de Discriminación e Intolerancia de 2013 (art. 1 y 4 to.)⁵ y Convención Interamericana Contra el Racismo, la Discriminación Racial y formas Conexas de Intolerancia de 2013 (arts. 1 y 4to.)⁶, hacen eje en los derechos de género frente a la violencia y son hitos ineludibles.

Ya en 1992, el Comité sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de la CEDAW indicó en la Recomendación Nro.

⁵ Art. 4. “Los Estados se comprometen a prevenir, eliminar, prohibir y sancionar, de acuerdo con sus normas constitucionales y con las disposiciones de esta Convención, todos los actos y manifestaciones de discriminación e intolerancia, incluyendo: (...) iv. La violencia motivada por cualquiera de los criterios enunciados en el artículo 1.1”

⁶ Art. 4. “Los Estados se comprometen a prevenir, eliminar, prohibir y sancionar, de acuerdo con sus normas constitucionales y con las disposiciones de esta Convención, todos los actos y manifestaciones de racismo, discriminación racial y formas conexas de intolerancia, incluyendo: (...) iv. La violencia motivada por cualquiera de los criterios enunciados en el artículo 1.1”.

19, que la violencia es una forma de discriminación, menoscabo y anulación del goce de derechos humanos refiriendo específicamente al trabajo. En el art. 11 sobre eliminación de la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo, remarcó; “la igualdad en el empleo puede verse seriamente perjudicada cuando se las somete a violencia, por su condición de mujeres, por ejemplo, el hostigamiento sexual en el lugar de trabajo”. Asimismo, dijo que ese hostigamiento “incluye un comportamiento de tono sexual tal como contactos físicos e insinuaciones, observaciones de tipo sexual, exhibición de pornografía y exigencias sexuales, verbales o de hecho”.

La "Convención de Belem do Pará", de 1994, por su parte, la define en su art. 1: “Para los efectos de esta Convención debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”⁷. La legislaciones nacionales aportan también en este sentido⁸. Finalmente, el art. 6 define con amplio radio a la violencia laboral contra las mujeres.

⁷ Este concepto ampliando en el art. 2: “ Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica: a. que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual; b. que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar, y c. que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, donde quiera que ocurra”. A su vez el art. 9, indica: “Para la adopción de las medidas a que se refiere este capítulo, los Estados Partes tendrán especialmente en cuenta la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir la mujer en razón, entre otras, de su raza o de su condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada. En igual sentido se considerará a la mujer que es objeto de violencia cuando está embarazada, es discapacitada, menor de edad, anciana, o está en situación socioeconómica desfavorable o afectada por situaciones de conflictos armados o de privación de su libertad”.

⁸ Asimismo, existe una definición específica y anterior en el art. 4º de la Ley 26.485 de 2009 de Argentina relativa a violencia contra la mujer: “Se entiende por violencia contra las mujeres toda conducta, acción u omisión, que, de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal. Quedan comprendidas las perpetradas desde el Estado o por sus agentes. Se considera violencia indirecta, a los efectos de la presente ley, toda conducta, acción omisión, disposición, criterio o práctica discriminatoria que ponga a la mujer en desventaja con respecto al varón”. Establece además, los tipos de violencia contra la mujer pueden ser física, psicológica, sexual, económica y patrimonial y simbólica (art. 5). Es interesante recordar la última: “La que, a través de patrones estereotipados, mensajes, valores, íconos o signos transmita y reproduzca dominación, desigualdad y discriminación en las relaciones sociales, naturalizando la subordinación de la mujer en la sociedad”. Art. 6: “Aquella que discrimina a las mujeres en los

Es obvio que también OIT estableció fuertes precedentes como lo indican instrumentos de la OIT sobre igualdad y no discriminación, como el Convenio (núm. 100) y la Recomendación (núm. 90) sobre igualdad de remuneración, 1951, (b) con “la expresión *igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor* designa las tasas de remuneración fijadas sin discriminación en cuanto al sexo” y el Convenio (núm. 111) y la Recomendación (núm. 111) sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958, así como otros instrumentos pertinentes” (art. 5). Asimismo, el art. 8 de la misma Recomendación indica que, en la evaluación de riesgos en los lugares de trabajo se debería tener especialmente las conductas discriminatorias como fuente de violencia y acoso laboral.

Este contexto normativo y el impulso de movimientos feministas dieron marco a la consagración del Convenio 190 sobre violencia y acoso en el mundo del trabajo y por lo tanto constituyen material interpretativo.

2.3. Pautas interpretativas

Los tratados deberán interpretarse de buena fe teniendo en cuenta sus términos y contexto, objeto y fin. Como medio complementario se tendrán en cuenta los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración⁹. A partir de la vigencia del Convenio 190 vendrá naturalmente la

ámbitos de trabajo públicos o privados y fue obstaculiza su acceso al empleo, contratación, ascenso, estabilidad o permanencia en el mismo, exigiendo requisitos sobre estado civil, maternidad, edad, apariencia física o la realización de test de embarazo. Constituye también violencia contra las mujeres en el ámbito laboral quebrantar el derecho de igual remuneración por igual tarea o función. Asimismo, incluye el hostigamiento psicológico en forma sistemática sobre una determinada trabajadora con el fin de lograr su exclusión laboral”.

⁹ Naciones Unidas, Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, 1969: Art. 31. Regla general de interpretación. 1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin. 2. Para los efectos de la interpretación de un tratado. el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos: a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado; b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado; 3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta: a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones; b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado; c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes. 4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.

interpretación de los órganos de control, esencialmente la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones y el Comité de Libertad Sindical¹⁰.

Por lo pronto, existe un gran material interpretativo en los trabajos preparatorios. En el informe de OIT *Acabar con la violencia y el acoso en el mundo del trabajo* del 8-8-18 se indica que tal formulación indiferenciada de violencia y acoso “podría aplicarse a toda una variedad de situaciones, lo que daría a los Miembros un mayor margen de flexibilidad para formular sus respuestas nacionales a la violencia y el acoso”¹¹. En ese mismo documento se refiere a la Reunión tripartita de expertos de la OIT encargada de elaborar el *Repertorio de recomendaciones prácticas sobre la violencia en el lugar de trabajo en el sector de los servicios y medidas para combatirla* (OIT, 2004) en que se había adoptado una definición de la violencia en el contexto de dicho sector como “toda acción, incidente o comportamiento que se aparta de lo razonable [y] mediante el cual una persona es agredida, amenazada, humillada o lesionada por otra en el ejercicio de su actividad profesional o como consecuencia directa de la misma”.

En 2016, la Reunión de expertos sobre la violencia contra las mujeres y los hombres en el mundo del trabajo convocada por la OIT examinó la noción de violencia propuesta en 2003 y optó por un marco conceptual más amplio. Como se mencionó anteriormente, la Reunión de expertos eligió referirse al “rubro de ‘violencia y acoso’”, que entendía como “un continuo de comportamientos y prácticas inaceptables que probablemente se traduzcan en sufrimiento o daños físicos, psicológicos o sexuales”. Los expertos también hicieron hincapié en que

Art. 32. Medios de interpretación complementarios. Se podrán acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31: a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable”.

¹⁰ SERVAIS, Jean-Michel, Cuestiones de interpretación de las normas internacionales del trabajo, *Revista Derecho de las relaciones laborales*, Nro. Febrero 2020, Madrid, p. 170.

¹¹ Para un análisis completo, debe seguirse el debate y otros documentos anteriores y los documentos V (2 A) del 8-3-19, V (2 B) del 28-2-19 y V (2A) y adenda del 3-5-19, el conjunto importante de enmiendas y sub-enmiendas y las actas provisionales y las actas del debate dado dentro de la Comisión Normativa sobre Violencia y Acoso en el Mundo del Trabajo que analizó y aprobó el texto definitivo en la conferencia 2019.

era importante “distinguir entre las diversas formas de violencia y acoso y el contexto en el que éstas se producen, ya que tal vez se [necesitaran] diferentes respuestas” (OIT, 2016a, anexo I).

Ocurre que, según los estudios de OIT sobre 80 países, las definiciones de las diversas formas de violencia y acoso se centran más frecuentemente en el resultado o el efecto de la conducta (como un daño, o la pérdida de dignidad) que en la conducta misma (por ejemplo, golpear, insultar, escupir o gritar). Con todo, debe remarcarse que el Convenio 190 abre la posibilidad de que las legislaciones nacionales adopten en concepto único de violencia y acoso o “como conceptos separados” (art. 1 in fine).

Es de apuntar que como marco interpretativo debe acudir a los documentos de referencia del proceso de discusión del convenio en la Conferencia Internacional del Trabajo, los informes V (1), ILC.108/V/1 (informe “marrón”), V (2) A – ILC.108/V/2A (“Informe azul”) y Adenda ILC.108/V/2^a (Add.) e Informe V (2) B – ILC.108/V/2B (“Informe azul”). También Informes de la Comisión Normativa: violencia y acoso en el mundo del trabajo: Instrumentos presentados para su adopción por la Conferencia - Actas Provisionales núm. 7^a; Informes de la Comisión Normativa: violencia y acoso en el mundo del trabajo: Resumen de las labores – Actas Provisionales núm. 7B (Rev.) y Sesión plenaria – Resultado de las labores de la Comisión Normativa: violencia y acoso en el mundo del trabajo - Actas Provisionales núm. 7C.

La elaboración del nuevo convenio incluyó el trabajo de la comisión de expertos, consultas tripartitas y el análisis de jurídico sistemático del tratamiento de la violencia y el acoso laborales en los marcos normativos de 80 países. Durante las deliberaciones de la conferencia de 2019 se presentaron numerosas enmiendas y sub enmiendas al texto propuesto por la Oficina Internacional del Trabajo sobre la base de los estudios y trabajos previos de consultas tripartitas. Fueron especialmente tensas las deliberaciones sobre la definición de qué se entiende por violencia y acoso, optándose por una idea general sin diferenciar los dos objetos jurídicos de protección. Sin embargo, al ser llevado el texto del nuevo convenio al plenario de la conferencia, recibió 439 votos a favor, tan solo 7 en contra y 30 abstenciones.

3. Para un desbroce de la definición

3.1. El texto

A los fines de facilitar el abordaje, se transcribe el art. 1 del Convenio 190:

“1. A efectos del presente Convenio:

a) la expresión «violencia y acoso» en el mundo del trabajo designa un conjunto de comportamientos y prácticas inaceptables, o de amenazas de tales comportamientos y prácticas, ya sea que se manifiesten una sola vez o de manera repetida, que tengan por objeto, que causen o sean susceptibles de causar, un daño físico, psicológico, sexual o económico, e incluye la violencia y el acoso por razón de género, y

b) la expresión «violencia y acoso por razón de género» designa la violencia y el acoso que van dirigidos contra las personas por razón de su sexo o género, o que afectan de manera desproporcionada a personas de un sexo o género determinado, e incluye el acoso sexual.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados a) y b) del párrafo 1 del presente artículo, la violencia y el acoso pueden definirse en la legislación nacional como un concepto único o como conceptos separados”.

3.2. La calidad inaceptable de los comportamientos y prácticas

El concepto de conducta inaceptable es ciertamente dilatado. Puede leerse en varios planos. Una de orden ético y moral y por lo tanto solo simplemente reprochable en ese plano. Otro punto de vista es la inaceptabilidad cultural, contextual o subjetivo porque un comportamiento puede resultar inaceptable según parámetros difícilmente uniformables a nivel global. También se puede restringir a que implique las conductas o prácticas sean contrarias al orden jurídico, sea supranacional o nacional dando lugar a las posibles respuestas sancionatorias. En este caso, se pedirá que sean tipificadas

normativamente. De todos modos, la inaceptabilidad de una conducta como concepto sigue siendo expansiva.

Es importante remarcar la mirada puesta en la subjetividad del comportamiento violento o acosador porque lo puede ser para una persona y no para otra. Pero en todo caso, la aprecia desde la víctima.

Otro punto referencial es que la violencia y el acoso, el maltrato y otras figuras avasallantes de la dignidad humano poseen apreciación en el derecho civil, penal y obviamente laboral específico. El cruce normativo, no obstante, se realizará por sobre la definición básica del art. 1 del convenio en tanto se relaciones con el trabajo, según el ámbito comprendido.

3.3. Indiferencia de la efectivización del daño

El convenio otorga igual calificación a que la conducta violenta o acosadora se haya producido o que amenace, se anuncie o se proponga como alternativa frente a la víctima. La amenaza de un acto violento o acosador produce efectos en sí mismos y, obviamente, no es necesario que se lleguen a concretar para que se conviertan en conductas condenables jurídicamente. Por supuesto que la simple amenaza cumple a veces los mismos efectos que su efectiva producción. Podría hablarse de una práctica, infracción o delito de peligro que no requiere la producción del daño, en forma efectiva, para su configuración¹².

3.4. Indiferencia de la manifestación en el tiempo o en la forma

En la definición de OIT el acto violento o acosador puede producirse una sola vez o ser reiterado con lo que se prescinde de alguna discusión acerca de

¹² MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, "Impacto en España del convenio 190 OIT para la tutela efectiva frente a la violencia en el trabajo: obligados cambios legales y culturales, en AAVV, *Violencia y acoso en el trabajo: significado y alcance del convenio N° 190 OIT en el marco del trabajo decente (ODS 3, 5, 8 de la Agenda 2030)*, Manuel CORREA CARRASCO y María Gema QUINTERO LIMA, (Dir.), Dykinson, Madrid, 2021, p. 91. Ver, subtítulo 2,2: "De la cuestión definitoria a la cuestión tipológica: ni la intención ni el resultado son elementos del tipo jurídico acoso moral laboral".

si debe ser necesariamente sistemática y prolongarse en el tiempo para ser definido como tal. Este es un tema clave que define la norma porque en doctrina y jurisprudencia, se suele exigir una práctica sistemática, repetida o continuada. Es que un solo acto o la repetición de actos, pueden ser igualmente idóneos para producir violencia o acoso laboral. Si bien el artículo 1 habla de “conjunto de comportamientos” no se refiere a que sean más de uno, un sistema, una continuidad o complejo de actos, sino que se está refiriendo al universo de situaciones de violencia y acoso que se está normando y porque luego se indica que se pueden manifestar de una sola vez o de modo reiterado.

3.5. Indiferencia del objeto o finalidad dañosa

En el concepto del convenio 190 basta que el comportamiento o práctica posea objeto dañoso, independientemente que consiga o concrete la producción del daño. *Esto surge de la redacción porque, si bien establece que las conductas “tengan por objeto”, le sigue, “causen o sean susceptibles de causar”.* Si se suprime la primera parte, lo que está admitido por la propia redacción, queda la efectiva producción o la susceptibilidad de causar como tipo legal condenado. Basta la causación o potencialidad del daño para considerarse una práctica violenta o acosadora. Si la práctica causa o puede causar daño, no se depende del objeto, finalidad o propósito que la haya motivado.

Aun cuando no exista una intencionalidad dañosa, carece del elemento subjetivo del dolo o la culpa, si se produce la lesión, objetivamente, hay responsabilidad y condena. Se genera responsabilidad objetiva, independientemente de la finalidad ofensiva del sujeto activo del acto violento o acosador. De tal forma, la víctima deberá aportar los indicios o elementos suficiente de la existencia de la patología a los fines de su verificación, prescindiéndose de la prueba hacer del elemento subjetivo o teleológico del autor o provocador. No debe olvidarse que se está ante la agresión de los derechos de dignidad e igualdad como derechos fundamentales laborales¹³.

¹³ RIBEIRO COSTA, Ana Cristina, “El contenido del convenio n° 190 de la organización internacional del trabajo: definiciones y ámbito de aplicación –¿“vino nuevo en odres viejos”?, en AAVV, *Violencia y acoso ...cit.* p. 29, indica: “El concepto no incluye el objetivo o efecto de

Este razonamiento no es pacífico, porque, se podría haber prescindido de la mención al “objeto” dañoso como ocurre otras definiciones y se expresan argumentos contrarios a la prescindencia del facto teleológico, otorgando margen a la legislación nacional¹⁴. Claramente, el convenio se centra en protección de las víctimas más que en autor de la violencia o el acoso, como parece obvio¹⁵.

atentar contra la dignidad de la víctima u otros derechos fundamentales de la víctima, ni se requieren motivos discriminatorios. La noción, por tanto, gira en función del daño o posible daño, pero no lo confunde ni lo hace coincidir con una vulneración de derechos fundamentales”. Refiere que resulta más claro en la versión original en inglés – “*that aim at, result in, or are likely to result in physical, psychological, sexual or economic harm*” – y no tanto en francés – “*qui ont pour but de causer, causent ou sont susceptibles de causer un dommage d’ordre physique, psychologique, sexuel ou économique*”. En la versión en español no hay coma antes de la conjunción “o”, por lo que parece que solo en el segundo segmento habrá una alternativa (*que causen o sean susceptibles de causar*), y se puede discutir si las tres alternativas lo son o no (tener por objeto, causar, ser susceptibles de causar). Pero lo cierto es que, en la versión inglesa, las tres son alternativas: basta que o haya intención de causar daño, o cause daño, o sea susceptible de causar daño”.

¹⁴ CORREA CARRASCO, Manuel, “El elemento teleológico (intencionalidad lesiva) en el concepto de violencia y acoso laboral contenido en el convenio 190 OIT”, AAVV, *Violencia y acoso...*cit. p. 17. Desarrolla dos posturas posibles frente a la definición: a) La objetiva. La creación de un entorno humillante y ofensivo para la persona acosada trae causa de actos imputables al acosador. Por el contrario; b) Los actos violentos o acosadores deben responder a una finalidad tendente a causar perjuicios. Afirma que la definición integra los dos conceptos y la posibilidad de que la víctima padezca daños en su patrimonio, en su salud psicofísica o en su empleabilidad, “no es óbice para considerar que toda conducta acosadora supone, *per se*, una lesión en su integridad moral”. “En otras palabras—dice-, a diferencia de aquellos daños, que pueden concurrir o no en los procesos de acoso, el daño moral es consustancial a la conducta acosadora”. Concluye adscribiendo a la interpretación restrictiva o diferenciadora, indicando que no debe hacerse una traslación de la construcción dogmática de la responsabilidad objetiva a todos los casos de violencia o acoso. Indica: 1) en el caso del acoso moral, la conducta acosadora no es, en esencia, una conducta discriminatoria; 2) el elemento teleológico (intención o propósito de causar un perjuicio) es inherente a la conducta acosadora, ya que confiere unidad de sentido al conjunto de actos (de diversa índole y temporalmente dispersos) en los que aquella se expresa, que, de otro modo, podrían resultar irrelevantes o anodinos; 3) el elemento intencional resulta determinante para diferenciar el acoso de otros fenómenos, aparentemente afines y vinculados a prácticas que suponen un ejercicio abusivo o desviado de las facultades directivas; 4) se trata de un elemento decisivo para diferenciar los distintos tipos de acoso. Es decir, si se hace abstracción del propósito o finalidad perseguida por el acosador (que se deduce de sus actos y define la conducta acosadora) y sólo se otorga relevancia a los efectos sobre el entorno laboral y la víctima, sería difícil determinar ante qué tipo de acoso nos enfrentamos en cada caso (moral, sexual o discriminatorio), 5) si se hace abstracción del propósito o finalidad perseguida por el acosador (que se deduce de sus actos y define la conducta acosadora) y sólo se otorga relevancia a los efectos sobre el entorno laboral y la víctima, sería difícil determinar ante qué tipo de acoso nos enfrentamos en cada caso (moral, sexual o discriminatorio). 5) A diferencia de la violencia física, que puede ser fruto de un arrebató o una conducta reactiva, estamos ante fenómenos que se caracterizan generalmente por constituir o desencadenar un proceso, lo que lleva implícita una cierta premeditación.

¹⁵ Pons Carmena, María, “Aproximación a los nuevos conceptos sobre violencia y acoso en el trabajo a partir de la aprobación del Convenio OIT 190”, *Labos: Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, vol. 1, núm. 2, (2020), p- 38, referida por Ana Cristina Ribeiro Costa, AAVV, *Violencia y acoso...*op. Cit. p. 29 aclarando que pese a coincidir con Correa Carrasco en el

3.6. Variedad de daños

Si bien la violencia y especialmente el acoso suelen identificarse con el daño psíquico, como se verá más abajo, comprende el daño físico directo y el psíquico, pero además el económico y sexual que pueda causarse directamente o inmediatamente como el indirecto o mediato. El tratamiento es integral, como la reparación y remediación, son integrales. En otras palabras, se comprende tanto la muerte como otras lesiones físicas, como las alteraciones psicológicas, los daños por salarios, pérdida del puesto, daños morales, gastos, pérdidas de chances, proyecto de vida, etc¹⁶.

3.7. Violencia y acoso sexual o de género

El convenio otorga especial consideración a la violencia de género no sólo en la referencia general de la definición sino en la ponderación de conductas y daños. Claramente, se anota aquí la influencia del movimiento feminista y preponderancia otorgada a la condición de género en el marco del convenio. Sobre la cuestión de violencia, género y diversidad, ver el capítulo anterior.

Que la definición traiga un apartado especial dedicado a la violencia de género abre un amplio campo de aplicación del convenio, incluyendo la elección y diversidad de género.

Fue un tema de especial debate en la conferencia porque el proyecto de la Recomendación 206 aludía como grupos vulnerables a sector LGTB según la

elemento de la voluntad, “la autora reconoce, sin embargo, que el elemento objetivo prevalece y que “el Convenio se centra especialmente en la producción de un daño”.

¹⁶ Ver arts. 1 y 2 de la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar toda forma de violencia contra la mujer. El art. 5 de la Ley 26485 define los tipos de violencia contra la mujer de carácter físico, sexual, psicológico, económico y patrimonial y simbólico. El art. 6 define la violencia en el ámbito laboral. La violencia “Económica y patrimonial” es tratada así: “La que se dirige a ocasionar un menoscabo en los recursos económicos o patrimoniales de la mujer, a través de: a) La perturbación de la posesión, tenencia o propiedad de sus bienes; b) La pérdida, sustracción, destrucción, retención o distracción indebida de objetos, instrumentos de trabajo, documentos personales, bienes, valores y derechos patrimoniales; c) La limitación de los recursos económicos destinados a satisfacer sus necesidades o privación de los medios indispensables para vivir una vida digna; d) La limitación o control de sus ingresos, así como la percepción de un salario menor por igual tarea, dentro de un mismo lugar de trabajo”.

referencia genérica del art. 6 del convenio. Fue sustituido por la interpretación general en materia de derechos humanos, pero, obviamente, están bajo el faro de protección del convenio 190¹⁷. El debate en la Conferencia de OIT abordó en el detalle el concepto de grupos vulnerables objeto de particular protección porque la inclusión de “las personas lesbianas, gais, bisexuales, trans, intersexuales y no conformes con el género” en el proyecto de recomendación del convenio, sufrió la oposición del grupo países africanos y Rusia. Se hicieron notar otras fuertes divergencias, sin embargo, el diálogo tripartito entre gobiernos, empresarios y trabajadores permitió difíciles consensos y la aprobación del convenio que estará acompañado por una recomendación.

3.8. La adopción nacional de la definición

Es sabido que la ratificación del convenio, lo convierte en norma mínima o piso a partir de la cual, la legislación nacional no puede disminuir derechos. De tal forma, esa operación debe respetar en un todo, la directiva de la norma de OIT. En cuanto a la diferenciación, entre los conceptos de violencia y acoso, claramente, la derivación se otorgó por las dificultades en la distinción y, por otro lado, por la naturaleza general, directiva y marco del convenio.

Como puede apreciarse, el convenio es ciertamente genérico, no diferencia entre violencia y acoso ni tipifica las conductas o prácticas concretas que comprende. Se atiende más a las consecuencias de los actos para de allí volver sobre los comportamientos que pueden ser calificados como tal. Una especie de camino inverso desde los daños y las víctimas hacia las prácticas condenables dentro del calificativo de violencia y acoso. Indica un marco a llenar por la legislación, la interpretación y la jurisprudencia, pero a la vez, es un contenido mínimo o piso a partir del cual debe operar esa aplicación.

En cuanto a la amplitud de la definición, podría decirse que la ambigüedad amenaza contra la aplicación concreta y precisa de la norma. Pero a la vez, abre

¹⁷ Art. 13. “La referencia a los grupos vulnerables y a los grupos en situación de vulnerabilidad en el artículo 6 del Convenio debería interpretarse de conformidad con las normas internacionales del trabajo y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos aplicables”.

la idea de violencia y acoso a conductas que, para su concreta aplicación a cada caso. En este aspecto, como se indica en el capítulo siguiente, los criterios restrictivos del concepto de violencia y acoso deberán ser revisados a partir de la vigencia del Convenio 190.

3.9. Proyección al ámbito de aplicación

Los arts. 2 y 3 del convenio definen los ámbitos personal y ocasional de aplicación del Convenio 190. En primer punto, protege a los “trabajadores y a otras personas en el *mundo del trabajo*” pero no sólo al asalariado típico en relación de dependencia estable, sino también a quienes no están regidos por una relación estable, aprendices, despedidos y cualquiera que sea su situación contractual, las personas en formación, incluidos los pasantes y los aprendices, los trabajadores despedidos, las personas en busca de empleo y los postulantes a un empleo, en todos los sectores de la economía, tanto formal como informal, ya sea en zonas urbanas o rurales. En el caso de los trabajadores de la economía informal, el convenio se extiende a un amplio espectro de actividades y trabajadores no siempre visibles para el Derecho del Trabajo, según la Recomendación 204 sobre la transición de la economía informal a la economía formal, 2015¹⁸.

Si bien en los estudios previos y el proyecto de la Oficina de OIT se incluyó como víctimas y como eventuales autores de actos de violencia y acoso en el mundo del trabajo a “los empleadores o trabajadores, o sus respectivos representantes” esta disposición fue quitada en el último debate luego de intercambios de enmiendas y opiniones durante dos días. El Grupo de

¹⁸ Art. 4. “La presente Recomendación se aplica a todos los trabajadores y todas las unidades económicas de la economía informal, incluyendo las empresas, los empresarios y los hogares, y en particular a: a) quienes poseen y explotan unidades económicas en la economía informal, como: i) los trabajadores por cuenta propia; ii) los empleadores, y iii) los miembros de cooperativas y de unidades de la economía social y solidaria; b) los trabajadores familiares auxiliares, independientemente de si trabajan en unidades económicas de la economía formal o de la economía informal; c) los trabajadores asalariados con empleos informales que trabajan en empresas formales o en unidades económicas de la economía informal, o bien para ellas, incluyendo, entre otros, a los que están en situación de subcontratación o que trabajan en cadenas de suministro, o en hogares como trabajadores domésticos remunerados, y d) los trabajadores cuyas relaciones de trabajo no están reconocidas o reguladas”.

Trabajadores fue especialmente intransigente en negarse a incluir a los empleadores como víctimas de acoso y violencia laboral a los fines de evitar que, según las discusiones, ese sector se victimice, por ejemplo, cuando los sindicatos actúan colectivamente en el ejercicio de medidas de acción directa.

En cuanto a la **ocasionalidad** de la producción de la violencia y el acoso laboral, el art. 3 del convenio indica que se aplica a la violencia y el acoso en el mundo del trabajo que ocurren “durante el trabajo, en relación con el trabajo o como resultado del mismo”, vale decir que incluye el amplio concepto de ocasión y en trayecto (*in itinere*) como posible escenario de su producción, tanto en la esfera privada como pública¹⁹.

De tal forma, el radio de aplicación del convenio es lo suficientemente generoso como para llegar a una diversidad de situaciones cuyo centro de imputación es el trabajador y su derecho a un mundo libre de violencia y acoso.

4. Conclusión muy breve

La definición de violencia y acoso laboral del Convenio 190 presente, en definitiva, varias pautas de fuerte impacto, a saber:

- A. Dos elementos centrales de aplicación: 1. su pertenencia al elenco de derechos humanos con sus pautas de operatividad e interpretación sobre la base de la universalidad, indivisibilidad, interdependencia e interrelación de los derechos humanos, tanto los derechos civiles y políticos, como los económicos, sociales y culturales y su naturaleza inalienable o irrenunciable, iguales y no discriminatorios. 2. El impulso y la impronta del componente de género en todas las configuraciones prescriptivas del convenio y su recomendación.
- B. Su carácter amplio e inclusivo.

¹⁹ “a) en el lugar de trabajo, inclusive en los espacios públicos y privados cuando son un lugar de trabajo; b) en los lugares donde se paga al trabajador, donde éste toma su descanso o donde come, o en los que utiliza instalaciones sanitarias o de aseo y en los vestuarios; c) en los desplazamientos, viajes, eventos o actividades sociales o de formación relacionados con el trabajo; d) en el marco de las comunicaciones que estén relacionadas con el trabajo, incluidas las realizadas por medio de tecnologías de la información y de la comunicación; e) en el alojamiento proporcionado por el empleador, y f) en los trayectos entre el domicilio y el lugar de trabajo”.

- C. Está destinada a ser adaptada por legislación, convenios colectivos, protocolos, reglamentos, sentencia y cuanto instrumento referencie a la patología de la violencia y el acoso laboral.
- D. Las señalizaciones de la calidad inaceptable de los comportamientos y prácticas y la consecuente inalienabilidad del derecho a un mundo libre de violencia y acoso laboral; la Indiferencia de la efectivización del daño, de la manifestación en el tiempo o la forma, del objeto o finalidad dañosa para configurarse la existencia de la violencia o el acoso laboral; la admisión de la variedad abierta de daños.

La amplitud del ámbito de proyección personal y espacial hacia figuras no comprendidas dentro del concepto de relación de dependencia incluyendo la figura de la ocasionalidad para la verificación de la violencia y el acoso laboral.

Bibliografía

- ARESE, C. (2020). *Derechos Humanos Laborales*, Ed. Rubinzal Culzoni, Bs. As. 2014, p. 95 y ARESE, César, *Direitos Humanos Trabalhistas*, Ed. Instituto Memoria, Curitiba.
- CORREA CARRASCO, M. (2021). “El elemento teleológico (intencionalidad lesiva) en el concepto de violencia y acoso laboral contenido en el convenio 190 OIT”, AAVV, *Violencia y acoso en el trabajo: significado y alcance del convenio N° 190 OIT en el marco del trabajo decente (ODS 3, 5, 8 de la Adenda 2030)*, Manuel CORREA CARRASCO y María Gema QUINTERO LIMA, (Dir.), Dykinson, Madrid.
- MOLINA NAVARRETE, C. (2021). “Impacto en España del convenio 190 OIT para la tutela efectiva frente a la violencia en el trabajo: obligados cambios legales y culturales, en AAVV, *Violencia y acoso en el trabajo: significado y alcance del convenio N° 190 OIT en el marco del trabajo decente (ODS 3, 5, 8 de la Adenda 2030)*, Manuel CORREA CARRASCO y María Gema QUINTERO LIMA, (Dir.), Dykinson, Madrid.
- OIT (2021). Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Adenda al Informe de 2020 de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, parr. 53, 109ª Conferencia.
- PONS CARMENA, M. (2020). “Aproximación a los nuevos conceptos sobre violencia y acoso en el trabajo a partir de la aprobación del Convenio OIT 190”, *Labos: Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, vol. 1, núm. 2.
- RIBEIRO COSTA, A. (2021). “El contenido del convenio nº 190 de la organización internacional del trabajo: definiciones y ámbito de aplicación – ¿“vino nuevo en odres viejos” ?, en AAVV, *Violencia y acoso en el trabajo: significado y alcance del convenio N° 190 OIT en el marco del trabajo decente (ODS 3, 5, 8 de la Adenda 2030)*, Manuel CORREA CARRASCO y María Gema QUINTERO LIMA, (Dir.), Dykinson, Madrid.

SERVAIS, J. M. (2020). Cuestiones de interpretación de las normas internacionales del trabajo, *Revista Derecho de las relaciones laborales*, Nro. Febrero, Madrid.

TRABAJO A TIEMPO PARCIAL: LA NUEVA FRONTERA LABORAL EN GUATEMALA

PART-TIME WORK: THE NEW LABOR FRONTIER IN GUATEMALA

Augusto VALENZUELA HERRERA

Socio director de Valenzuela Herrera & Asociados, fundador de la Asociación Guatemalteca de Derecho del Trabajo (ASGUATRA), presidente de la Asociación Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social “Guillermo Cabanellas” (Período 2017-2019), Doctor honoris causa en humanidades por la Universidad Paulo Freire.

laborguatemala@gmail.com

Fecha de envío: 03/12/2021

Fecha de aceptación: 15/12/2021

TRABAJO A TIEMPO PARCIAL: LA NUEVA FRONTERA LABORAL EN GUATEMALA

Augusto VALENZUELA HERRERA

Asociación Guatemalteca de Derecho del Trabajo (ASGUATRA)

Resumen: El trabajo a tiempo parcial es una nueva forma de contratación en Guatemala, la cual se respalda en el Convenio 175 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), es por ello por lo que es necesario realizar un análisis de las implicaciones de esta modalidad, el fundamento legal en el ámbito internacional y nacional, con la finalidad de comprender el alcance y beneficios tanto para los empleadores, como para los trabajadores.

Palabras clave: Guatemala - Trabajo a tiempo parcial - Convenio 175 de la OIT - Nueva modalidad de contratación

Sumario: 1. La Organización Internacional del Trabajo y el Convenio 175, sobre el trabajo a tiempo parcial, en Guatemala. 1.1. Las motivaciones que crearon el Convenio 175, sobre el trabajo a tiempo parcial. 1.2. El contenido del Convenio 175, sobre el trabajo a tiempo parcial como base internacional a regular el trabajo a tiempo parcial. 1.3. La flexibilización laboral dentro del trabajo a tiempo parcial. 1.4. El proceso del Convenio 175, sobre el trabajo a tiempo parcial, en Guatemala. 2. Bases del trabajo a tiempo parcial. 2.1. ¿Quién se considera como trabajador a tiempo parcial? 2.2. Principios del trabajo a tiempo parcial. 2.3. La jornada en el trabajo a tiempo parcial. 2.4. Grupos objetivos del trabajo a tiempo parcial. 3. Fundamento legal guatemalteco del trabajo a tiempo parcial. 3.1. Constitución Política de la República de Guatemala. 3.2. Código de Trabajo guatemalteco. 3.3. Reglamento del Convenio 175 de la OIT, sobre el contrato a tiempo parcial. 4. Consideraciones finales.

Abstract: Part-time work is a new form of contracting in Guatemala, which is supported by Convention 175 of the International Labor Organization (ILO), which is why it is necessary to analyze the implications of this modality, the legal basis at the international and national level, in order to understand the scope and benefits for both employers and workers.

Key words: Guatemala - Part-time work - ILO Convention 175 - New contracting modality

Summary: 1. The International Labor Organization and Convention 175, on part-time work, in Guatemala. 1.1. The motivations that created Convention 175, on part-time work. 1.2. The content of Convention 175, on part-time work as an international basis for regulating part-time work. 1.3. Labor flexibility within part-time work. 1.4. The process of Convention 175, on part-time work, in Guatemala. 2. Bases of part-time work. 2.1. Who is considered a part-time worker? 2.2. Principles of part-time work. 2.3. The working day part-time. 2.4. Target groups of part-time work. 3. Guatemalan legal basis for part-time work. 3.1. Political Constitution of the Republic of Guatemala. 3.2. Guatemalan Labor Code. 3.3. Regulations of ILO Convention 175, on the part-time contract. 4. Final considerations.

1. La Organización Internacional del Trabajo y el Convenio 175, sobre el trabajo a tiempo parcial, en Guatemala

1.1. Las motivaciones que crearon el Convenio 175, sobre el trabajo a tiempo parcial

Derivado de la problemática actual, surgida por temas tanto de las grandes depresiones, como la época post guerra, globalización e incertidumbre laboral, la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT), optó por conocer un nuevo convenio en la Conferencia General anual, después del proceso de creación establecido al respecto.

Era importante tratar el tema de que todo trabajador debe contar con un empleo productivo y libremente elegido, y a su vez encontrar una forma en la que se pudiera apoyar tanto a la economía como al trabajo en iguales condiciones, por lo que se generó dentro de dicha discusión, tres puntos importantes que le podrían dar forma a la protección y seguridad jurídica al tiempo parcial:

- i. El acceso a un empleo;
- ii. Las condiciones de trabajo; y
- iii. La Seguridad Social.

En el preámbulo del Convenio se establece que en observancia a la: *“Pertinencia que tienen para los trabajadores a tiempo parcial las disposiciones del Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951; del Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958, y del Convenio y la Recomendación sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, 1981”*.¹

Se crea ante la necesidad, de que en las políticas de empleo se tenga en cuenta la función del trabajo a tiempo parcial como modo de abrir nuevas posibilidades de empleo y la necesidad de asegurar la protección de los trabajadores a tiempo parcial, en los campos del acceso al empleo, de las condiciones de trabajo y de la seguridad social.

¹ Convenio 175, sobre el trabajo a Tiempo Parcial (Ginebra: Organización Internacional del Trabajo, 1994), Preámbulo.

1.2. El contenido del Convenio 175, sobre el trabajo a tiempo parcial como base internacional a regular el trabajo a tiempo parcial

Se señala en el Convenio lo que debe entenderse por un trabajador contratado por esta modalidad, indicando: *“La expresión trabajador a tiempo parcial designa a todo trabajador asalariado cuya actividad laboral tiene una duración normal inferior a la de los trabajadores a tiempo completo en situación comparable”*.²

La situación comparable que los trabajadores a tiempo parcial tienen con relación a los trabajadores a tiempo completo, lo que implica que sus derechos, prestaciones y todo a lo que tiene acceso el segundo, lo debe tener el primero también. Por lo que los trabajadores en que se encuentren trabajando a tiempo parcial deben contar con:

- a. El mismo tipo de relación laboral que los trabajadores a tiempo completo;
- b. Qué en el puesto a desempeñar, se efectúe o ejerza un tipo de trabajo o de profesión idéntico o similar al de tiempo completo; y,
- c. Qué el trabajador a tiempo parcial se encuentre empleado en el mismo establecimiento.

Igualmente regula que la actividad laboral de estos trabajadores debe ser calculada semanalmente o bien en promedio durante un período determinado que sea pactado entre el empleador y el trabajador en el respectivo contrato, incluso mensual o anual.

Otro aspecto preponderante dentro del mismo convenio es la regulación referente a asentar las bases de que todo Estado debe adoptar dentro de su legislación nacional, las medidas necesarias para asegurar que todo trabajador dedicado al trabajo a tiempo parcial reciba un salario proporcional en relación a los trabajadores a tiempo completo, es decir, que aunque este sea calculado proporcionalmente sobre una base horaria, o bien por rendimiento o por pieza, no deba ser inferior al salario base regulado en las legislaciones nacionales por hora de trabajo efectiva.

² Convenio 175, sobre el trabajo a Tiempo Parcial, artículo 1 (a).

El Convenio fundamenta las medidas bases que todo Estado debe emitir con el fin de facilitar el acceso al trabajo a tiempo parcial, dentro de las cuales podemos citar:

- a. El eliminar cualquier contenido que pueda impedir o desalentar la implementación o práctica del trabajo a tiempo parcial;
- b. Una revisión minuciosa a que las políticas de empleo se adecuen a necesidades y preferencias de grupos clave u objetivos del trabajo a tiempo parcial, como lo son los trabajadores con responsabilidades familiares, estudiantes trabajadores o en formación profesional, desempleados, trabajadores con discapacidad o trabajadores de la tercera edad; y,
- c. La utilización de los medios y servicios de empleo, para brindar una mayor practicidad al acceso a información para dar a conocer oportunidades laborales que encuadren dentro del trabajo a tiempo parcial.³ Un ejemplo en Guatemala, es la utilización de plataforma de *tu empleo* del Ministerio de Trabajo y Previsión Social, para dar a conocer plazas que se adecuen a estas circunstancias, ya que esta misma plataforma se utiliza actualmente como un espacio en donde distintas empresas y entidades del Estado, pueden colocar ofertas de trabajo y que las personas interesadas puedan ingresar su información para un primer acercamiento entre partes en la vía virtual; además esta plataforma brinda asesoría de cómo poder elaborar un currículum y un pequeño vistazo a las normas laborales vigentes y aplicables a la realidad actual.⁴ Por lo que esta plataforma es una herramienta significativa para el sustento de esta nueva modalidad de trabajo.

1.3. La flexibilización laboral dentro del trabajo a tiempo parcial

La flexibilización en el marco del derecho laboral puede ser definida como:
“La adaptación de la disciplina del mercado de trabajo al marco económico en

³ Convenio 175, sobre el trabajo a Tiempo Parcial, artículo 9.

⁴ Tu empleo, Servicio nacional de empleo, Ministerio de Trabajo y Previsión Social, <https://tuempleo.mintrabajo.gob.gt/> (consultado 25 de noviembre de 2021).

que las empresas desarrollan su actividad, con el propósito de mejorar la competitividad y de facilitar de este modo la creación de empleo”⁵. Puede ser aplicada a la modalidad del trabajo a tiempo parcial desde sus tres características principales:

- a. La existencia de una reducción de la rigidez a la cual está ligada la relación laboral;
- b. El adaptarse a las circunstancias que acontecen según la necesidad, tal como lo es, la nueva realidad existente; y,
- c. El apoyo e incentivo al crecimiento de la economía y a la evolución de la tecnología como herramienta de trabajo necesaria para el desempeño óptimo del trabajador.

Por lo que el trabajo a tiempo parcial puede adecuarse a la flexibilización, o en otras palabras, ambas figuras pueden complementarse, en la forma siguiente:

- i. En cuanto a la **flexibilidad salarial**, bajo la implementación de mecanismos que permitan modificar los salarios de los trabajadores según la proporcionalidad y la situación comparable;
- ii. Sobre la **flexibilidad en la duración del trabajo** encontramos la adopción de las distintas jornadas de trabajo, incorporando a estas el trabajo a tiempo parcial;
- iii. En relación con la **flexibilidad con concertación** entran las figuras sindicales, los pactos y las relaciones empresariales-sindicales, con el fin de que los trabajadores en esta modalidad también gocen de los mismos beneficios que las modalidades a tiempo completo; y,
- iv. La **flexibilidad organizacional** dentro de la cual se busca clasificar puestos y acomodar la jornada laboral de acuerdo con las necesidades de producción, lo cual encaja con lo indicado referente a las medidas que los Estados deben adoptar para

⁵ Casas Baamonde, Emilia y Valdés Dal-Re, Fernando, coord., *Los contratos de trabajo a tiempo parcial* (España: editorial lex nova, 2000), 52 y 53.

facilitar el acceso al trabajo tiempo parcial a los grupos objetivos, relacionándolos con las necesidades empresariales, haciendo de esto una conexión en las relaciones laborales.⁶

Culminando así con que la flexibilización laboral es una herramienta *sine qua non* para que el trabajo a tiempo parcial pueda ser una realidad en nuestros países.

1.4. El proceso del Convenio 175, sobre el trabajo a tiempo parcial, en Guatemala

El Convenio se discutió y fue aprobado el 24 de junio de 1994 en la octogésima primera reunión de la Conferencia General de la Organización Internacional de Trabajo, en Ginebra, Suiza, entrando en vigor cuatro años después, el veintiocho de febrero de mil novecientos noventa y ocho.

Con su entrada en vigor, este Convenio se convirtió en una base fundamental para el acontecer internacional respecto a las relaciones patronales y laborales en general, buscando generar nuevos empleos y estimulando la economía.

Tomando de referencia su adopción dentro de la legislación nacional de diversos países, se planteó la necesidad de su ratificación en Guatemala, tomando en cuenta los beneficios que implicaba en los distintos ámbitos, tales como: sociales, políticos, jurídicos e incluso culturales. Es por ello que después de un largo proceso y dictámenes de ciertas instituciones estatales, dentro de los cuales destacan los siguientes: dictamen cuatrocientos ochenta y ocho guion dos mil dos (488-2002) del Ministerio de Trabajo y Previsión Social; dictamen cuatrocientos veintiséis guion dos mil cinco (426-2005) de la Dirección General de Asuntos Jurídicos y Tratados Internacionales; dictamen cero veintitrés guion dos mil cinco (023-2005) de la Comisión de Abogados del Ministerio de Trabajo y Previsión Social; dictamen mil ciento dieciocho guion dos mil cinco (1118-2005) del mismo Ministerio mencionado; y el dictamen setecientos veintinueve guion

⁶ Ibarra Cisneros, Manuel Alejandro y González Torres, Lourdes Alicia, "La flexibilidad laboral como estrategia de competitividad y sus efectos sobre la economía, la empresa y el mercado de trabajo" *Contaduría y administración* 231 (agosto 2010): 33-52.

dos mil cinco (729-2005) emitido por el Cuerpo consultivo de la Presidencia de la República fue ratificado el referido Convenio.

En efecto, el Congreso de la República de Guatemala ratificó el Convenio 175, sobre el trabajo a tiempo parcial el 28 de febrero de 2017 mediante el Decreto dos guion dos mil diecisiete (2-2017).

Posteriormente, para su aplicación en el territorio nacional se emite el Reglamento del Convenio 175 de la OIT, sobre el tiempo parcial, (Acuerdo Gubernativo 89-2019), el cual debía entrar en vigencia en junio del dos mil diecinueve; sin embargo, se planteó una inconstitucionalidad general parcial el 9 de septiembre de 2019, por lo cual la Corte de Constitucionalidad decretó la suspensión provisional de algunos artículos y frases de otros. Esta acción fue planteada principalmente sobre el artículo que regulaba la jornada de tiempo parcial por considerarse ambigua y el artículo que establecía la definición de trabajador a tiempo parcial por la misma razón.

Esta acción de inconstitucionalidad general parcial, fue declarada sin lugar el 15 de julio de 2021, mediante sentencia decretada por la misma Corte de Constitucionalidad, por la cual revocó la suspensión provisional decretada oportunamente, ya que los argumentos presentados contra la normativa impugnada no denotaban la necesidad de una inconstitucionalidad general, al no tener fundamento, invocando la Corte como uno de sus argumentos que el salario calculado por hora ya se encuentra en el Código de Trabajo, dándole con esta resolución un respaldo a esta figura laboral al establecer que todo patrono puede celebrar contratos en dicha modalidad.

Por lo que el proceso para poder implementar la legislación base para esta modalidad de trabajo en Guatemala, se ha visto llena de diversos obstáculos, mismos que se han ido superando bajo las figuras e instituciones del Estado adecuadas.

2. Bases del trabajo a tiempo parcial

Una vez establecida la relación del convenio, su aplicación y cómo éste se logró implementar en Guatemala, es importante profundizar los elementos que lo componen y sus implicaciones.

2.1. ¿Quién se considera como trabajador a tiempo parcial?

Como una definición encontramos la ya indicada en el primer capítulo en donde la OIT señala en el Convenio 175 artículo uno, literal a), la definición de trabajador a tiempo parcial como aquel que *“designa a todo trabajador asalariado cuya actividad laboral tiene una duración normal inferior a la de los trabajadores a tiempo completo en situación comparable.”*⁷ Asimismo, el Dr. Ignacio González del Rey, se refiere a esta modalidad cómo: *“Aquel en el cual el trabajador presta servicios durante un tiempo inferior al habitual en la actividad de que se trate.”*⁸

Derivado de lo anterior podemos indicar como definición que el trabajo a tiempo parcial es todo el prestado por un trabajador durante una jornada inferior a las establecidas legalmente o en una situación comparable al trabajador a tiempo completo.

2.2. Principios del trabajo a tiempo parcial

Debemos resaltar tres principios básicos y esenciales para el trabajo a tiempo parcial, estos son:

- i. **Principio de igualdad de trato (o igualdad):** el cual sienta las bases de que todo trabajador a tiempo parcial debe ser tratado, formado, contratado y tomado en cuenta de igual forma que todo trabajador a tiempo completo; formulando a su vez que los primeros deben gozar de igualdad en cuanto al salario y las prestaciones a que por derecho les correspondan de una manera proporcional.

⁷ Convenio 175, sobre el trabajo a Tiempo Parcial, artículo 1 (a).

⁸ González del Rey Rodríguez, Ignacio, *El Contrato de Trabajo a Tiempo Parcial* (España: Editorial Aranzadi, S.A., 1998), 25.

- ii. **Principio de no discriminación:** establecido tanto en Convenios de la OIT, como en Tratados de Derechos Humanos y leyes nacionales, en donde no se debe discriminar en ninguna circunstancia a un trabajador, señalando puntualmente que toda la normativa legal nacional debe adoptar medidas necesarias para garantizar un salario proporcional, ya que uno inferior podría constituir una discriminación a los trabajadores a tiempo parcial.
- iii. **Principio de proporcionalidad:** con relación a que los trabajadores a tiempo parcial deberán gozar proporcionalmente de las mismas prestaciones laborales.⁹

2.3. La jornada en el trabajo a tiempo parcial

Tanto el convenio 175 de la OIT, como el reglamento, hacen referencia únicamente a una jornada inferior a los trabajadores de tiempo completo en situación comparable, por lo que, no indica ni un mínimo ni un máximo de horas. Algunos países han establecido un número máximo de horas, tales como veinticinco horas a la semana o las dos terceras partes de la duración normal de tiempo completo. Por ejemplo, en España, donde se redujo un 14.57% la tasa de desempleo solo en el tercer trimestre del presente año dos mil veintiuno, derivado de la implementación del trabajo a tiempo parcial, o temporal.¹⁰ Esto ya que en España se ha implementado una jornada semanal con un máximo de 35 horas en el trabajo a tiempo parcial, pudiendo reducirse todavía más si las partes así lo pactan.

En relación con esto, en el Reglamento del Convenio 175 de la OIT, no se establece un mínimo ni un máximo de horas, por lo cual una alternativa puede ser que tanto el empleador y el trabajador pacten la jornada, siempre y cuando

⁹ Rafael Porras, Alfredo, *Contrato de Trabajo a tiempo parcial* (Argentina: Ediciones Jurídicas Cuyo, 1996), 69-71.

¹⁰ Sánchez Vicente Teresa, España supera los 20 millones de ocupados a costa de crear empleos públicos y temporales, ABC news España, https://www.abc.es/economia/abci-espana-supera-20-millones-ocupados-tras-crear-359300-puestos-trabajo-verano-202110280907_noticia.html (consultado 25 de noviembre de 2021).

se respeten los mínimos legales establecidos en la Constitución Política de la República de Guatemala y el Código de Trabajo. Estableciendo así una relación de la jornada y el salario con la situación comparable entre ambas modalidades, es decir, la de tiempo parcial y la de tiempo completo.

2.4. Grupos objetivos del trabajo a tiempo parcial

Algunos de los grupos objetivos en esta modalidad se encuentran regulados dentro del Convenio 175, los cuales se fundamentan en el artículo 9 en la literal c) en:

- a) **Jóvenes**, lo cual en Guatemala constituye un gran porcentaje de la población laboral, debido a que gran parte de este grupo se encuentra estudiando y por ende formándose como profesional;
- b) **Mujeres**, enfocado principalmente a las madres solteras, lo cual en Guatemala se ha visto unido a la población joven, por lo que se debe enfocar con mayor énfasis en las madres jóvenes solteras, esto en respeto y fomento al vínculo madre-hijo/a;
- c) **Trabajadores de la tercera edad**, donde la mayoría se encuentra jubilada o con alguna dificultad para poder laborar por jornadas extensas, generando con esto una posibilidad de generar un ingreso y no arriesgar su salud;
- d) **Desempleados** principalmente de larga duración, como una opción para nuevamente generar un ingreso para ellos y/o sus familias.

En este caso específico a nivel internacional como nacional el desempleo ha aumentado, en Guatemala en el último año este aumentó un 2%, y dentro de éste, un 5.8% en jóvenes de 15 a 24 años, del cual el 3.5% es en mujeres.¹¹

La Población Económicamente Activa (PEA) que según los datos brindados por el Instituto Nacional de Estadística (INE) en marzo de dos mil veintiuno con base en el informe emitido en noviembre de dos mil diecinueve, y validado por el Ministerio de Economía el veintiséis de julio del mismo año,

¹¹ Organización Internacional del Trabajo, "COVID-19 y el Mundo del Trabajo: Punto de partida, respuesta y desafíos en Guatemala", *OIT San José*, septiembre 2020.

equivale a siete millones cuatrocientos mil guatemaltecos, de los cuales el 35.35% son mujeres y el 64.65% son hombres.¹² Por lo cual esta modalidad, al momento de comenzar a implementarse en Guatemala, podría ayudar a reducir este porcentaje, ya que aquí encontramos a 3 grupos objetivos reunidos.

Y como último grupo objetivo, encontramos a los **trabajadores con responsabilidades familiares**, los cuáles por su misma categoría, entendemos que estos pueden ser padres de familia o bien hijos que tiene a su cuidado hermanos, padres, abuelos, u otros miembros familiares que no pueden cuidarse por sí solos.

Es por esto, y atendiendo a las necesidades sociales, académicas y familiares, específicamente de estos grupos, que se encuentran como prioridad en cuanto al acceso a esta modalidad de trabajo.

3. Fundamento legal guatemalteco del trabajo a tiempo parcial

3.1. Constitución Política de la República de Guatemala

En la Constitución Política de Guatemala, en el capítulo referente al trabajo, se establecen una serie de regulaciones base sobre esta disciplina jurídica, entre ellas las siguientes:

Derechos sociales mínimos de la legislación del trabajo. Son derechos sociales mínimos que fundamentan la legislación del trabajo y la actividad de los tribunales y autoridades: b) Todo trabajo será equitativamente remunerado, salvo lo que al respecto determine la ley; c) Igualdad de salario para igual trabajo prestado en igualdad de condiciones, eficiencia y antigüedad; g) La jornada ordinaria de trabajo efectivo diurno no puede exceder de ocho horas diarias de trabajo, ni de cuarenta y cuatro horas a la semana, equivalente a cuarenta y ocho horas para los efectos exclusivos del pago del salario. La jornada ordinaria de

¹² Instituto Nacional de Estadística -INE- Guatemala, C.A., Encuesta Nacional de Empleo e ingresos ENEI 2-2019 (Guatemala, Dirección de Censos y Encuestas, 2019), 6.

trabajo efectivo nocturno no puede exceder de seis horas diarias, ni de treinta y seis a la semana¹³.

Derivado del fundamento constitucional anterior, los derechos, salarios, jornadas y prestaciones a los que tiene acceso todo trabajador de tiempo completo, lo deberá tener también el trabajador a tiempo parcial, derivado de la aplicación del Convenio 175 de la OIT y el reglamento relacionado.

3.2. Código de Trabajo guatemalteco

Por otro lado, el artículo 88 del Código de trabajo, establece:

Salario o sueldo es la retribución que el patrono debe pagar al trabajador en virtud del cumplimiento del contrato de trabajo o de la relación de trabajo vigente entre ambos. Salvo las excepciones legales, todo servicio prestado por un trabajador a su respectivo patrono debe ser remunerado por éste.

El cálculo de esta remuneración, para el efecto de su pago, puede pactarse: a) Por unidad de tiempo (por mes, quincena, semana, día u hora); b) Por unidad de obra (por pieza, tarea, precio alzado o destajo); y c) Por anticipación en las utilidades, ventas o cobros que haga el patrono; pero en ningún caso el trabajador deberá asumir los riesgos de pérdidas que tenga el patrono¹⁴.

3.3. Reglamento del Convenio 175 de la OIT, sobre el contrato a tiempo parcial

Este reglamento el cual fue objeto de una gran controversia en el país, tal como se relató anteriormente, tiene como objeto:

Proteger los derechos de los sujetos de la relación laboral y que se respeten los principios de voluntariedad y proporcionalidad, así como los

¹³ Constitución Política de la República de Guatemala, (Guatemala: Asamblea Nacional Constituyente, 1985), artículo 102 b), c) y g).

¹⁴ Código de Trabajo (Guatemala: Congreso de la República de Guatemala, 1961) artículo 88.

principios de seguridad y certeza jurídica, realismo, equidad y de igualdad de remuneración a trabajo prestado en igualdad de condiciones.¹⁵

Por lo que es un instrumento que busca que se respeten los derechos de los trabajadores y la seguridad jurídica de la figura del trabajo a tiempo parcial en Guatemala, en aplicación de diversos principios del derecho laboral.

A su vez, dicho reglamento estipula una definición de trabajador a tiempo parcial, en su artículo 2 numeral 3 al indicar *“aquel que presta sus servicios personales durante un tiempo inferior al establecido para la jornada ordinaria del Código de trabajo (diurna, mixta y nocturna).”*¹⁶

Asimismo, regula el salario y las jornadas ordinaria y extraordinaria, haciendo alusión a que estas deben ser proporcionales y específicamente en lo referente a las jornadas ordinarias, se establece que estas deben ser menores a las jornadas establecidas en el Código de trabajo.

En el artículo 6 regula un aspecto importante que es la conversión de una modalidad de trabajo a otra, es decir, el traslado de un trabajador de un contrato a tiempo parcial a tiempo completo o viceversa, lo cual no puede imponerse unilateralmente, ya que debe ser aceptado de forma voluntaria por el trabajador.

Las disposiciones legales locales establecen que la voluntariedad del trabajador deberá constar en forma expresa y mediante documentación respectiva que deberá incorporarse al expediente del trabajador, dándole aviso al Ministerio de Trabajo y Previsión Social.

Estableciendo el referido reglamento que los trabajadores a tiempo parcial tendrán derecho preferente a optar a un trabajo a tiempo completo dentro de la misma empresa donde laboren.¹⁷

Por lo que, además de regulado en el Convenio de la OIT que regula los aspectos principales para el trabajo a tiempo parcial, en Guatemala también existen otros instrumentos que le dan soporte al mismo, en especial el reglamento aludido, dictámenes que el Ministerios de Trabajo y Previsión Social

¹⁵ Reglamento del Convenio 175 de la Organización Internacional del Trabajo -OIT-, sobre el trabajo a tiempo parcial (Guatemala: El presidente de la República, 2019), artículo 1.

¹⁶ Reglamento del Convenio 175 de la Organización Internacional del Trabajo -OIT-, artículos 2 y 3).

¹⁷ Reglamento del Convenio 175 de la Organización Internacional del Trabajo -OIT-, artículo 6.

ha emitido, modelos de contratos autorizados por la autoridad laboral administrativa y el acuerdo gubernativo que fija los salarios mínimos anualmente que regulan el trabajo por hora.

4. Consideraciones finales

Esta modalidad de contratación representa distintos beneficios para las partes, tales como un vínculo laboral menos rígido y el cual pueda ser de fácil gestión; y la inserción laboral de parte de la población desempleada; asimismo, constituye una alternativa para mantenerse o ingresar en el mercado laboral, permitiendo el poder compaginar esta práctica con otras actividades.

En cuanto al sector empleador representa algunos beneficios ya que permite la creación de más empleos formales, poder captar a trabajadores que no pueden comprometerse a tiempo completo, reducción de los costos de contratación y poder adaptar horarios de trabajo a picos de demanda del momento.

Asimismo, en cuanto a los trabajadores permite tener una conciliación entre el trabajo y las obligaciones tanto familiares, educativas, como la promoción profesional, tener flexibilidad de horario, acceso a experiencia laboral, formalización en el mercado laboral, cobertura de seguridad social, compatibilizar varios trabajos y el que posteriormente esto pueda conducirlos a tener un empleo de tiempo completo.

Por último, el trabajo a tiempo parcial es una herramienta fundamental para el fomento y apoyo tanto a la economía como al sector laboral, principalmente en países que fueron damnificados por los efectos de la pandemia provocada por la COVID-19.

Bibliografía

- CASAS BAAMONDE, E. y VALDÉS DAL-RE, F. (Coord.) (2000). *Los contratos de trabajo a tiempo parcial* (España: editorial lex nova).
- IBARRA CISNEROS, M. A. y GONZÁLEZ TORRES, L. A. (2010). “La flexibilidad laboral como estrategia de competitividad y sus efectos sobre la economía, la empresa y el mercado de trabajo” *Contaduría y administración* 231 (agosto).
- GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I. (1998). *El Contrato de Trabajo a Tiempo Parcial* (España: Editorial Aranzadi, S.A.).
- RAFAEL PORRAS, A. (1996). *Contrato de Trabajo a tiempo parcial* (Argentina: Ediciones Jurídicas Cuyo).
- OIT (2020). “COVID-19 y el Mundo del Trabajo: Punto de partida, respuesta y desafíos en Guatemala”, *OIT San José*, septiembre.

Recursos electrónicos

- SÁNCHEZ VICENTE, T. (s/f). España supera los 20 millones de ocupados a costa de crear empleos públicos y temporales, ABC news España. Disponible en https://www.abc.es/economia/abci-espana-supera-20-millones-ocupados-tras-crear-359300-puestos-trabajo-verano-202110280907_noticia.html.

**DEBATE: MODIFICACIONES SUSTANTIVAS EN LAS
CONDICIONES DE TRABAJO DIGITAL: LA DIALÉCTICA
¿EMPLEADOR? Y TRABAJADOR**

**DISCUSSION: SUBSTANTIVE CHANGES IN DIGITAL WORKING
CONDITIONS: THE DIALECTIC EMPLOYER? AND WORKER**

Es preciso plantearse reflexivamente diferentes controversias e interrogantes que están surgiendo acerca de la sustantividad del trabajo objeto de estudio y análisis por parte del Derecho del Trabajo. La sociedad actual globalizada así lo ha provocado y requiere, como elemento de progreso social y económico. Concibiendo a la Disciplina como rígida, se le exige un avance, una flexibilidad, en pos del desarrollo, en lógica consonancia con la transformación de las formas de trabajo derivadas de la utilización y aplicación a las relaciones laborales de las nuevas tecnologías a través de las plataformas, la inteligencia artificial y la robótica.

Pero, para ello, es necesario partir de un concepto base: el trabajo decente propugnado por la Organización Internacional del Trabajo. Es decir, la prestación de servicios profesionales con: derechos significativamente laborales (bien sean fundamentales o bien inespecíficos); la ausencia de una discriminación de cualquier tipo; el desarrollo e implementación de un ambiente laboral adecuado, respetando, en todo caso, la seguridad laboral; una remuneración digna (pese a la indefinición que le acompaña a su concepto y calificación); y contribuidor a la protección social, base del contrato social de nuestra sociedad.

Nada impide ver y percibir la realidad de los avances tecnológicos. Ni de los sociopolíticos y económicos anudados a ellos. Circunstancia, para nada y en absoluto, coyuntural. A priori, es necesario entender que late un progreso en ellas, tanto en quien las protagoniza como para quien se protagoniza en el ámbito laboral: ¿nuevos conceptos de trabajador y empleador? Interrogante éste con un sentido y alcance de calado, abriendo la puerta de par en par a los cambios.

Sobre ellos aparece la pregunta técnico-jurídica de cómo afrontarlos. Entiendo que se ha de hacer mediante una metodología generativa: una adaptación para la transformación. A sensu contrario, para nada, con una metodología disruptiva-destructiva.

En el centro, el Derecho del Trabajo. Su razón de ser: el trabajo humano, la actividad profesional realizada por personas que son sujetos de derecho. Para novedades, los clásicos: los avances económicos y tecnológicos

no han de hacer olvidar al momento histórico de la Revolución Industrial en el que nació la Disciplina.

Atendiendo a este contexto surgen dos elementos objetivos y racionales de equilibrio a considerar. De una parte, la robótica y la inteligencia artificial, que, siendo bien comprendida, ha de suponer una distribución de tareas entre el ser humano y la máquina, pues ésta complementa el trabajo de aquél. De otra parte, el robot, entendido como un instrumento de trabajo más, del trabajo realizado por la persona humana, que puede aportar beneficios a las personas trabajadoras y al reparto del tiempo de trabajo. Ahora bien, no ha de caer en el olvido que, a nivel micro, sí está el riesgo de pérdida de puestos de trabajo.

Resultado de lo anterior, las empresas, el empresario, las personas empleadoras, ¿son algoritmos?. ¿Éstos regulan las relaciones laborales en las plataformas digitales?

Quizás el medio clave para una autoadaptación del Derecho del Trabajo sea una política jurídica de recualificación profesional, extensa e intensa. Detrás de toda nueva tecnología aplicada al trabajo en plataformas, de toda inteligencia artificial, de toda robótica y robots, hay personas que las articulan, piensan y materializan como actividad realizada conforme a un plan (el trabajo como actividad consciente).

A modo de ejemplo. El robot no es más que una máquina articulada controlada por un programa informático que, dirigido por el ser humano, permite realizar actividades. En este caso, laborales para la prestación de servicios profesionales por la persona trabajadora sobre la base de un uso beneficioso: realización de tareas peligrosas, insalubres, penosas, la agilización de progresos, el fomento de la innovación...

Mientras tanto, las plataformas digitales, sujetas y/o conectadas muy funcionalmente a la inteligencia artificial, nadan a dos aguas con virtud entre: su posibilidad de registro mercantil; y el ser concebidas como empresas que emplean a personas en unas situaciones que atienden plenamente a la flexibilidad laboral (mal entendida). Flexibilidad que, llegada al extremo induce a una ocupación totalmente alejada de los postulados del Derecho del Trabajo, de su fin último.

En este panorama complejo, desde la situación señalada, con una adecuada organización, gestión y adaptación, se puede incrementar, a nivel macro, la productividad empresarial. Factor, por otro lado, de sostenibilidad o incremento del empleo. Sin embargo surge el siguiente interrogante: ¿a qué precio?

Los dilemas que se suscitan atienden a la ajenidad, la diligencia y al rendimiento; a los potenciales riesgos de discriminación entre personas trabajadoras en relación a su consideración como un factor más de productividad; a la progresiva modernización de competencia y cualificaciones profesionales; y la proyección a subdisciplinas del Derecho del Trabajo (Derecho del Empleo, Derecho Sindical, Derecho de la Seguridad Social, significativamente) y sus instituciones jurídico-políticas básicas; al carácter global y qué Derecho Laboral aplicar en un potencial y expansivo mercado único digital; o la aplicación del propio Derecho del Trabajo a las plataformas digitales, indistintamente a que tengan reconocidas personas trabajadoras a su cargo o haya indicios claros de laboralidad en su prestación de servicios.

Valorando en conjunto estos planteamientos, en sus dimensiones negativas y positivas, posiblemente -por más que se quiera retener o haya una resistencia- se persiga, en última instancia, una huida del Derecho del Trabajo. O, cuanto menos, del Derecho clásico del Trabajo. Aparece una figura clave de marcado carácter civilista: el prosumidor. La persona productora (en esencia, también trabajadora) y consumidora.

¿Estamos ante un método organizacional necesitado de adaptación al Derecho del Trabajo? ¿Ante un Derecho regulador de la actividad profesional? O, ¿es la innovación tecnológica la que llama a la innovación jurídica?

Ya en 2015, el Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, planteó una distinción entre Derecho *del* Trabajo y Derecho *a* Trabajo.

El Derecho del Trabajo es un reto de conjunto de organización de una sociedad eficiente y justa, valorando y entendiendo la centralidad del trabajo humano para ello. El Derecho del Trabajo tiene mucho que decir al respecto,

por su razón de ser y carácter social. Así lo viene demostrando a lo largo de la historia. Y lo seguirá haciendo, pese a la presión de la lógica económica.

En el Derecho al Trabajo *no debería considerarse como una mercancía en venta con arreglo a las leyes del mercado, pues ello crea el riesgo de que se trate a las personas como meros recursos económicos y se vulnere su derecho a vivir con dignidad*. Y, para ello, el derecho al trabajo es un derecho social fundamental.

Por tanto, cerrando y volviendo al punto de partida: ante estas nuevas realidades, ¿puede el Derecho Laboral, como disciplina, convertirse en garante efectivo de un trabajo decente en calidad de estándar mínimo a nivel global?

Seguidamente, desde las dos orillas del Océano Atlántico, se atiende tanto a la rehabilitación de la ajenidad en la laboralización, como el ir más allá de la calificación jurídica de las relaciones laborales en el marco del trabajo digital y de sus dialécticas actuales. Los Prof. Drs. Ángel Arias Domínguez (España) y Elmer Guillermo Arce Ortiz (Perú) afrontan todo un reto investigador en sus respectivos artículos.

Luis Ángel Triguero Martínez¹
(Coordinador del tema de debate del N° 6)

¹ Profesor Titular de Universidad, Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Facultad de Derecho, Universidad de Granada. ltriguero@ugr.es.

**LA REHABILITACIÓN DE LA AJENIDAD COMO CRITERIO
DETERMINANTE DE LA LABORALIZACIÓN DEL TRABAJO EN
PLATAFORMAS**

**THE REHABILITATION OF THE ALIEN AS A DETERMINING
CRITERION OF THE LABORIZATION OF WORK ON
PLATFORMS**

Ángel ARIAS DOMÍNGUEZ

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

aarias@unex.es

Fecha de envío: 29/11/2021

Fecha de aceptación: 10/12/2021

LA REHABILITACIÓN DE LA AJENIDAD COMO CRITERIO DETERMINANTE DE LA LABORALIZACIÓN DEL TRABAJO EN PLATAFORMAS

Ángel ARIAS DOMÍNGUEZ

Universidad de Extremadura (España)

Resumen: Aunque la dependencia es uno de elementos clave para concretar la existencia de una relación laboral, a veces su sola afirmación no sirve para afirmar la laboralidad de una relación, especialmente cuando ésta presenta perfiles grises. La ajenidad, sin embargo, sí es capaz de dar una cumplida explicación laboral en la afirmación de las nuevas realidades, especialmente en aquellas en que el empleador se presenta de manera difusa, en particular para los trabajadores de plataforma. El trabajo pretende exponer cuáles han sido los precedentes jurisprudenciales más señeros en la utilización de la ajenidad como elemento determinante de la relación laboral, con especial mención al pronunciamiento del Tribunal Supremo español que recientemente ha considerado a los ‘riders’ que trabajan para plataformas incluidos en el ámbito de aplicación del Estatuto de los Trabajadores.

Palabras clave: Relación laboral - Ajenidad - Dependencia - Trabajadores de plataforma - Teletrabajadores

Sumario: 1. Introducción. 2. La permanente crisis del contrato de trabajo, los peligros de las nuevas tecnologías y el (pretendido) nuevo paradigma del trabajo asalariado. 3. La sustitución de un trabajo por una máquina ya no es ciencia ficción. 4. El rol de la ajenidad en el proceso de laboralización de actividades productivas. 5. La exponenciación de la ajenidad en la jurisprudencia: hitos más relevantes. 5.1. La actividad de alterne. 5.2. Mensajeros. 5.3. Encuestadores.

5.4. Director de periódico. 5.5. Abogados. 5.6. Repartidores en plataforma. 6. Conclusiones.

Abstract: Although dependency is one of the key elements to specify the existence of an employment relationship, sometimes its sole statement does not serve to affirm the employment status of a relationship, especially when it presents gray profiles. The alien, however, is capable of giving a fulfilled labor explanation in the affirmation of the new realities, especially in those in which the employer is presented in a diffuse way, in particular for platform workers. The work aims to expose which have been the most outstanding jurisprudential precedents in the use of alienation as a determining element of the employment relationship, with special mention of the ruling of the Spanish Supreme Court that has recently considered the 'riders' who work for platforms included in the scope of the Workers' Statute.

Key words: Labor relationship - Foreignness - Dependence - Platform workers - Teleworkers

Summary: 1. Introduction. 2. The permanent crisis of the employment contract, the dangers of new technologies and the (alleged) new paradigm of salaried work. 3. Substituting a job for a machine is no longer science fiction. 4. The role of others in the laborization process of productive activities. 5. The exponentiation of alienation in jurisprudence: most relevant milestones. 5.1. The hostess activity. 5.2. Messengers. 5.3. Pollsters. 5.4. Newspaper director. 5.5. Lawyers. 5.6. Delivery drivers on platform. 6. Conclusions.

“Me derrota la muchedumbre pensando que resulta más decoroso morir en el olor de mediocridad que ser salvado por un apóstata de las convenciones”.

Las palmeras salvajes

William Faulkner

1. Introducción

Pues de eso se trata, de ser un apóstata de la ortodoxia y defender una línea de pensamiento que no suele ser la más común en la materia: que el elemento definitorio para la configuración actual de la relación laboral, especialmente cuando la actividad se realiza a distancia o mediante plataformas, es la ajenidad, dejando de lado el que ha ejercido su imperio durante mucho tiempo, la dependencia.

Los elementos que tradicionalmente han tenido en consideración los ordenamientos laborales para entender que una actividad debe regirse por las normas laborales han sido cuatro: trabajo personal, trabajo voluntario, actividad desarrollada bajo la dependencia del empleador, y productividad por cuenta ajena.

Mientras que los dos primeros elementos -trabajo personal y voluntario- nunca han dejado de operar como conformadores de la relación laboral (básicamente porque no es razonable articular relaciones humanas productivas son ellos dos), la diferente intensidad con la que se aprecian los otros dos (dependencia y ajenidad) marca un posicionamiento ideológico (en su sentido más preclaro de *‘perteneciente o relativo a una idea o a las ideas’*) frente a la legislación laboral, e incluso frente al rol que juega la fuerza del trabajo en la productividad nacional.

En los ordenamientos laborales decimonónicos, y también en sus herederos de la primera mitad del Siglo XX, el principal elemento identificador de la realidad laboral desde el punto de vista jurídico ha sido la dependencia. La actividad laboral se caracterizaba (y en menor medida todavía se sigue así manifestando) por dos características muy determinantes: ser

predominantemente manual, y desarrollarse en una fábrica, en un lugar de trabajo concreto.

La concreción de los elementos determinantes de la relación laboral: el salario, el tiempo de trabajo, el descanso, las vacaciones, etc. ha tenido como circunstancia conformadora el desarrollo manual de una actividad, de cualquier actividad. La lectura actual de los textos legales de antes de la Segunda Guerra Mundial sorprende sobremanera, pues pretendían dejar fuera del ámbito protector del derecho laboral las actividades meramente intelectuales: profesores, músicos, funcionarios del Estado, etc. Recordemos, en este sentido, que una actividad física tan preponderante como es la práctica deportiva se incorpora al ámbito del derecho de trabajo de manera plena bien entrado el último tercio del siglo XX. Manifestación clara de la resistencia a incorporar nuevos tipos de trabajadores distintos al modelo de obrero industrial o al labriego del predio ajeno. En este proceso de consolidación de la actividad manual como la principal a tener en consideración para la laboralización de una actividad ha tenido mucho que ver la ortodoxia marxista más recalcitrante, enemiga acérrima de la universalización subjetiva de la protección laboral hacia actividades productivas alejados de la ideología colectivista. En realidad, el derecho del trabajo no adquiere madurez científica hasta que no se desgaja de ese componente político (y por tanto confrontativo, ahora democráticamente combativo) que algunos hoy en día quieren recuperar so pretexto de superar *status quo* productivos actuales que nada tienen que ver con el funcionamiento técnico del derecho laboral¹. Pero esto es otra historia, que contaremos en otro momento...

Por otro lado, es una evidencia que los derechos de los trabajadores, las relaciones con la Seguridad Social, la implementación de medidas de prevención de riesgos laborales e incluso la manera técnica de articular la representatividad sindical necesidad como presupuesto de operatividad una fábrica, un almacén, una industria, una corporación, una manufactura, una explotación. Un lugar

¹ Delicioso es, en esta línea, la comunicación presentada al Pleno de la Real Academia de Jurisprudencia y legislación por MONTOYA MELGAR, A.: "El trabajo por cuenta ajena y las predicciones marxistas sobre su abolición", Separata de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2011, pp. 275 y ss.

físico, determinado y jurídicamente controlable, sobre el que poder proyectar la eficacia de las normas. Trabajador era, por tanto, el que se desplazaba de la casa a la fábrica, de su lugar de vida al de desarrollo de su quehacer profesional, al punto de considerar un avance social (muy arraigado en la revolución industrial) el tránsito del trabajo desde el domicilio a la fábrica. Las condiciones de productividad así lo requerían.

El trabajador prototipo del derecho del trabajo era, por tanto, un operario manual que desarrolla su actividad profesional (en realidad su fuerza de trabajo) en una fábrica.

Repárese que coincidía esta visión (jurídica) con la apreciación social más intuitiva que se tenía (y todavía se tiene) sobre qué es el trabajo, y quiénes son los trabajadores. Trabajador es, sin más, el que obedece, el que se somete, por un tiempo limitada y a cambio de una remuneración, a las órdenes e instrucciones de otro. Este apuntalamiento ideológico se exponencia cuando las sociedades estamentales comienzan a derivan hacia 'sociedades disciplinarias' (Michel Foucault) en las que para la ordenación y control de las masas prima no tanto el determinismo voluntarista individual, sino, sobre todo, la catalogación, clasificación y ordenación de los individuos en grupos homogéneos sometidos a diferentes tensiones interventoras que pueden gobernarse homogéneamente de manera uniforme con una pocas reglas y normas. Pero no queda tan claro que el modelo gran ideado para aquellas sociedades pueda emplearse en las actuales sociedades abiertas (empleando la nomenclatura de Henri Bergson).

La dependencia se proyectaba sobre este modelo laboral como un argumento instrumental sobre ambas realidades -trabajo manual y centro de trabajo- para conformar el ámbito subjetivo del Derecho del Trabajo. Era relativamente sencillo deducir que trabajador era quien hacía lo que el empresario decía, como el empresario ordenaba, y que trabajador era quien entraba por la puerta de la fábrica y salía de ella coincidiendo con el cambio de turno que anunciaba un claxon².

² El trabajador de "*Tiempos Modernos*" (Charles Chaplin, 1936) por emplear una caricatura bien conocida, aunque ciertamente exagerada.

La pervivencia de la dependencia como elemento característico para la configuración de la relación laboral ha tenido un compañero inesperado: las facilidades de control del trabajador que se ha patrocinado desde las nuevas tecnologías. En los últimos veinticinco años la revolución tecnológica ha influido sobremanera en las relaciones laborales, produciéndose como efecto inesperado, (pero también con consecuencias indeseables), un aumento en el control de la actividad laboral. Era relativamente sencillo implementar controles empresariales a la 'presencia' del trabajador en la empresa. El esfuerzo jurídico-legal, pero sobre todo jurisprudencial- que se ha tenido que desplegar para embridar los excesos empresariales en la utilización abusiva de estos medios tecnológicos de control ha propiciado que parezca que el centro de atención fundamental para concretar cuándo estamos en presencia de una relación laboral sea la dependencia³.

Al punto de considerarse que más que una característica es un presupuesto. Si no existe dependencia no puede haber relación laboral. Craso error. Porque este tipo de trabajador -manual y fabril- hoy en día ya no existe. O por mejor decir, ya no es el preponderante, el modelo tipo, el estándar que reclama atención y sobre el que se legisla. Hay más actividades que deben ser disciplinadas por el Derecho Social. Y la dependencia como elemento protagonista de la relación laboral no sirva para ese proceso de conformación del ámbito subjetivo del derecho del trabajo.

Básicamente porque no puede responder a preguntas muy sencillas: ¿Cómo se puede predicar la dependencia de un trabajador de nacionalidad portuguesa, contratado por una empresa española para desarrollar su actividad profesional de programador de videojuego en Francia empleando un sistema informático Belga, que exporta sus productos de entretenimiento a Japón?. ¿De quien "depende" este trabajador?, ¿Como es posible someter su actividad profesional a un horario determinado si carece de centro de trabajo al que acudir porque desarrolla su actividad en su casa (en el campo) conectado por intranet)?,

³ No de otra manera se explica la gran trascendencia que ha tendido la sentencia 'Barbulescu' (S Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 5 de septiembre de 2017, Barbulescu c. Rumania [exp. 61496/08].) sobre intimidad informática, que, además no ha sido dictadas ni contra el ordenamiento jurídico español, ni en el caso intervenía trabajadores o empresas españolas.

¿Qué consecuencias tiene que un día no acceda a su ordenador?, ¿Realmente puede entenderse que debe considerarse tiempo de ocio el que dedica a leer en el periódico digital de moda las noticias sobre el último evento de esa empresa que tiene una manzana por logo?

Es evidente que la dependencia como criterio jurídico escapa a la disciplina de este tipo de actividades, que ni son manuales, ni se desarrollan en un centro de trabajo. La dependencia es, por decirlo con un pedante término moderno, un '*criterio jurídico obsolecente*', que ira perdiendo su vigencia y pujanza a medida que las prestaciones laborales vayan sofisticándose y alejándose del obrero de martillo y el campesino de hoz. Las nuevas realidades laborales -trabajadores deslocalizados, de plataforma, a distancia- reclaman criterios hermenéuticos útiles y sencillos que acomoden su actividad en las dinámicas normativas laborales, que permitan deducir la aplicación de estas normas a supuestos distintos a los del prototípico trabajador manual y fabril.

2. La permanente crisis del contrato de trabajo, los peligros de las nuevas tecnologías y el (pretendido) nuevo paradigma del trabajo asalariado

El trabajo en la 'cuarta revolución industrial' en la que nos encontramos, ni es manual, ni se desarrolla prioritariamente en un lugar de trabajo concreto en el que se concentran los varios trabajadores de la cadena productiva. La influencia de los nuevos medios de producción tecnológicos⁴ en este devenir no es cuestión menor, pues nuestro modelo histórico (Hegeliano) de trabajo se ha construido sobre unas bases productivas que actualmente están en discusión. Al modelo de producción fordista-taylorista caracterizado por la existencia de un sistema de producción en masa, generalmente en la fábrica o centro de trabajo,

⁴ La catalogación como de 'tercera revolución industrial', en el decir de HOPENHAYN ha quedado ya obsoleta, adentrándonos a pasos agigantados no ya en la cuarta sino en la quinta revolución tecnológica. Así, HOPENHAYN, M.: *Repensar el trabajo. Historia, profusión y perspectivas de un concepto*, Norma, 1ª reimp, Buenos Aires, 2001, p. 205.

Sobre la valoración histórica de la influencia de los sistemas productivos en la configuración jurídica del Derecho del Trabajo véase PÉREZ ADÁN, J.: "Impacto de la revolución tecnológica en el trabajo humano", Revista del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, núm. 1, ene.-mar., 1991, pp. 85 y ss. Las referencias específicas a España pueden consultarse en pp. 101-3.

que determinaba una gran dependencia del empleador en la realización práctica del trabajo, y por la permanencia del trabajador en el mismo empleo por largos períodos de tiempo, con la misma base de cualificaciones, le sucede un sistema que aboga por parámetros radicalmente distintos, principalmente por el empleo de nuevas tecnologías en el sistema productivo⁵, y por la existencia, incontestable, de un mercado global.

Por decirlo gráficamente con el profesor MONEREO: “El modelo de trabajador fordista (con empleo estable, normalmente a tiempo completo y análoga protección laboral y protección social) tiene a ser desplazado por el modelo de trabajador ‘postfordista’ (con vínculo inestable o a tiempo parcial y con una diversificación laboral y con una ‘red de protección social’ tan precaria como el tipo de empleo que ocupa)”⁶.

Ciertamente, hasta la crisis económica de los años setenta había un modelo de relaciones laborales relativamente consolidado⁷, principalmente por la existencia de vínculos contractuales seguros, con derechos y obligaciones ciertas, por la tenencia de una perspectiva laboral estable, protegida con un despido caro, por la presencia de sindicatos fuertes, y por una decidida intervención normativa en la regulación del Estado del Bienestar⁸. Pero la sentida necesidad de evitar que el Derecho del Trabajo se configure como freno a la superación de la crisis económica (de los años setenta, la de finales de la primera década del primer decenio del siglo XXI, la actual, la que está por venir...) hace que su objeto mute, se modifique, se transforme más que evolucione, convirtiéndose en un “Derecho protector de los niveles de empleo y al servicio de la competitividad de las empresas que, llevado de un ‘realismo intenso’ trata

⁵ “Con la complicidad del progreso tecnológico, la organización de la economía favorece el surgir de formas y modalidades de desarrollo de la actividad productiva que están a años luz de aquellas formas sobre las que se ha modelado históricamente el contrato de trabajo subordinado”. UMBERTO ROMAGNOLI: *El Derecho, el Trabajo y la Historia*, CES, (traduc. Marina Tomadini); Madrid, 1997, p. 171.

⁶ MONEREO PÉREZ, J. L.: *Algunas reflexiones sobre la caracterización técnico jurídica del Derecho del Trabajo*, Civitas, Madrid, 1996, p. 89.

⁷ En este sentido véase CAVAS MARTÍNEZ, F.: “Reflexiones sobre el trabajo y su papel en la actual sociedad de la información”, *Aranzadi Social*, núm. 10/2004.

⁸ En este sentido RICHARD SENNETT: *La corrosión del carácter. Las consecuencias personales del trabajo en el nuevo capitalismo*, Anagrama, 3ª ed., Barcelona, 2000, p. 21.

de ajustar el Derecho a las transformaciones de la realidad del trabajo y de la economía y a su posible evolución”⁹.

Es decir, si el derecho suele ser conservador por definición, en el sentido de estar construido para perpetuar el *status quo* existente, el derecho del trabajo es “ultraconservador”, “aunque curiosamente muchas veces en nombre del ‘progresismo’”, pues “cualquier planteamiento de puesta en cuestión de los esquemas reguladores actuales, de búsqueda de un nuevo orden normativo adaptado a las nuevas realidades a regular, suele venir descalificado, por el grueso de la doctrina iuslaboralista, como provocador, reflejo de no se sabe bien qué inconfesables impulsos neoliberales y expresión de una ideología conservadora”¹⁰. Otra vez más la ideología partidocrática por delante de las necesidades del sistema productivo.

El modelo de empresa centralizada tradicional está en crisis, y con ello los modelos contractuales que se formalizaban al calor de esta estructura productiva, en la medida en que aparecen realidades nuevas en las que no es fácil identificar los elementos definidores de la relación laboral:

- la dependencia, en tanto los nuevos modelos laborales difuminan el poder directivo del empresario, especialmente en lo que respecta a la forma técnica de organizar el trabajo, circunstancia que influye en la tendencia creciente hacia la huida del derecho del trabajo y la transformación de los trabajadores en empresarios¹¹;

- la ajenidad, pues la identificación del lucro atribuido originalmente al empresario ha perdido, parcialmente, su sentido, en la medida en que es difícil identificar cuando se está trabajando por cuenta ajena y cuando por cuenta propia¹²;

- el propio lugar de trabajo, en tanto vuelve a adquirir protagonismo la casa en vez de la fábrica o la oficina;

⁹ En el apreciar de ORTIZ LALLANA, C.: “La supervivencia del Derecho del Trabajo”, Actualidad Laboral, núm. 42, nov. 1999, p. 813.

¹⁰ DURÁN LÓPEZ, F.: “Globalización y relaciones de trabajo”, Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 92, nov.-dic. 1998, p. 874.

¹¹ Como lo observa RIVERO LAMAS, J.: “El trabajo en la sociedad de la información”, Diario Jurídico Aranzadi, 22 feb. 2002.

¹² Específicamente así lo afirma FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J.: “Hacia un nuevo Derecho del Trabajo”, La Ley, núm. 5122, ago. 2000, p. 2.

- el salario, en tanto adquiere preeminencia la retribución por objetivos;
- la jornada de trabajo y descanso, pues el deslindamiento de ambos lapsos temporales no es ya una mera cuestión de distribución horaria, y cada vez se desarrollan nuevas fórmulas de trabajo, especialmente relacionadas con el tecnológico, en las que 'la antigua delimitación entre actividad profesional y vida personal se difumina cada vez más'¹³;

Este modelo productivo exige un nuevo trabajador a su servicio, un nuevo modelo de trabajador asalariado caracterizado por: ser joven; dispuesto (*recitus*: obligado) a una gran movilidad (geográfica y funcional); dispuesto a la modificar constantemente las bases estructurales de su formación¹⁴; dispuesto a trabajar en equipo (en 'redes' adaptativas); obligado a trabajar a (muy) corto plazo bajo esquemas contractuales alejados del prototipo del contrato indefinido a jornada completa, y con grandes exigencias en lo que respecta a la asunción por los trabajadores de la 'cultura de empresa'. Ciertamente, como aprecia ULRICH BECK "el principio hasta ahora válido de que la ocupación se basaba en una seguridad relativa y en una previsibilidad a largo plazo pertenece ahora al pasado"¹⁵.

La aparición de nuevos tipos de trabajadores: atípicos, precarios, teletrabajadores¹⁶, trabajadores 'parasubordinados', o 'cuasi-asalariados'¹⁷, voluntarios¹⁸, trabajadores 'autónomos dependientes'¹⁹, trabajadores en

¹³ En palabras de ANDREW BIBBY: "Correo electrónico e Internet en el trabajo: ¿privado o público?", Trabajo: la revista de la OIT, núm. 40, ago. 2001, en la página web oficial de la OIT.

¹⁴ Hoy -dice SENNETT- "...un joven americano con al menos dos años de Universidad puede esperar cambiar de trabajo al menos once veces en el curso de su vida laboral, y cambiar su base de cualificaciones al menos tres veces durante los cuarenta años de trabajo". RICHARD SENNETT: *La corrosión...* ob. cit., p. 20.

¹⁵ La apreciación es de ULRICH BECK: "Libertad o capitalismo: el incierto futuro del trabajo", El País, 24 feb. 2002, p. 17.

¹⁶ Sobre la regulación de esta forma de producción desde la adaptación del contrato a domicilio o desde su establecimiento como relación laboral especial, véase ALIAGA CASANOVA, A. C.: "El teletrabajo, la necesidad de su regulación legal y el respeto a la intimidad", Boletín de Información del Ministerio de Justicia, núm. 1902, oct. 2001, pp. 3018 y ss.

De manera más precisa véase, *in extenso*, THIBAUT ARANDA, J.: *El teletrabajo. Análisis jurídico-laboral*, CES, Madrid, 2000, y PÉREZ DE LOS COBOS, F.: *Nuevas tecnologías y relación de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1990; y SELLAS I BENVINGUT, R.: *El régimen jurídico del Teletrabajo*, Aranzadi, Pamplona, 2001.

¹⁷ En terminología de RIVERO LAMAS, J.: "El trabajo en la sociedad...", ob. cit.

¹⁸ Sobre el particular véase BENLLOCH SANZ, P.: "La actividad del voluntariado: su difícil delimitación con la actividad laboral", Aranzadi Social, núm 1/2004.

¹⁹ CAVAS MARTÍNEZ, F.: "Los trabajadores autónomos dependientes: una nueva encrucijada para el Derecho del Trabajo", Aranzadi Social, 14/2004.

‘plataforma’, ‘a distancia’²⁰ y el fenómeno mismo de ‘huida del Derecho del Trabajo’ a través del resurgir del arrendamiento de servicios como fórmula básica de descentralización productiva²¹, constituyen las respuestas que desde la empresa se articulan para adaptarse a las (nuevas) necesidades productivas.

Porque el derecho del trabajo puede adoptar dos actitudes antes estas nuevas realidades que viven y se desarrollan en las zonas grises del derecho del trabajo²², puede, de una forma bastante tosca, “deslaboralizar” ciertas formas de actividad productiva “diversificando la calificación jurídica de esas relaciones y consecuentemente su tratamiento o régimen jurídico”²³, o bien abordar la juridificación laboral de dichas actividades, para lo que se necesita acudir a los instrumentos conceptuales clásicos (ajenidad y dependencia) para apreciar la concurrencia de las características de laboralidad.

La opción natural, la más razonable, la más útil a la sociedad es la seguridad, naturalmente. Pero es comprensible que los discursos más ‘carpetovetónicos’ de los que entienden que el derecho del trabajo no es más que un derecho privado especial contesten a esos esfuerzos culpabilizando al Derecho del Trabajo de la implementación de unos estándares de protección jurídica en torno al trabajador asalariado que dificulta la contratación en régimen laboral ‘clásico’, sospechoso, como antes los fueron los ‘gremios’, de entorpecer la eficacia económica del sistema productivo en su conjunto, y en las dialécticas más alocadas, de favorecer el desempleo y la desprotección social²⁴. Básicamente porque entienden (mal) que la lucha por los derechos laborales ha

²⁰ Sobre el particular véase la interesante perspectiva de RAMOS MARTÍN, N. E.: “Teletrabajo, oportunidades y retos: perspectivas de la OIT y la UE”, en VV.AA.: *El futuro del trabajo: cien años de la OIT. XXIX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones, Madrid, 2019, p. 413.

²¹ Clásico es ya el estudio de MARTÍN VALVERDE, A.: “El discreto retorno al arrendamiento de servicios”, en VV. AA.: *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos por los Catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al profesor Manuel Alonso Olea*, MTSS, Madrid, 1990.

²² Sobre el concepto de ‘zonas grises’ del Derecho del Trabajo, véase MARTÍN VALVERDE, A.: “Frontera y ‘zonas grises’ del Derecho del Trabajo en la jurisprudencia actual (1980-2001)”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 38, 2002, pp. 21 y ss.

²³ Así lo aprecia PRADOS DE REYES, F. J. (Coord.): “Contrato y relación de Trabajo”, en VV. AA.: *Veinte años de Jurisprudencia Laboral y Social del Tribunal Constitucional*, Tecnos, Madrid, 2001, p. 204.

²⁴ Así lo aprecia ALAIN SUPIOT: “Introducción a las reflexiones sobre el trabajo”, *Revista Internacional del Trabajo*, Vol. 115, núm. 6, 1997, p. 657.

configurado un derecho laboral 'irregresivo'²⁵, inflexible, poco adaptativo a la realidad económica, que con sus rigideces obstaculiza la progresión económica, única meta del sistema social. Nunca la flexibilidad laboral (ahora llamada 'flexiseguridad', como si esto tratase de un mero cambio de nomenclatura) se reclamó para la consecución de fines tan pornográficamente laborales.

En todo caso es una evidencia apreciar que uno de los factores desencadenantes de la reclamada flexibilidad laboral lo constituye la profunda revolución tecnológica en la que estamos inmersos²⁶.

La tecnología extendida masivamente en los sistemas productivos conlleva innumerables peligros para la conformación del concepto de trabajador, básicamente los siguientes:

- la existencia de un paro masivo, que no se ha conocido en el mundo moderno, ni siquiera con el acaecido después de desastres mundiales bélicos;

- pérdida de identidad social del hombre, con la aparición de una especie de epidemia de (nuevos) problemas mentales asociados a la pérdida de sentido de la vida como actividad conducente a la socialización del hombre en (o con, como se prefiera) en el trabajo;

- aparición de disturbios generalizados producto de la existencia de capas enteras de la población permanentemente ociosas;

- modificación del concepto mismo de empleo, para pasar de ser la actividad laboral que proporciona los necesarios ingresos para el consumo en una sociedad capitalista a considerarse un lujo (¿gravable impositivamente?) al alcance de muy pocos;

- quiebra del sistema de representación sindical, pues como institución dedicada a la defensa de los intereses grupales del colectivo de trabajadores pierde su sentido.

Es cierto que el teletrabajo, es decir la realización de la actividad laboral empleando medios tecnológicos fuera del centro físico de trabajo, contribuye a la consecución de un recientemente novedoso principio del derecho laboral moderno: la conciliación de la vida personal y familiar con la laboral. Pero lo es

²⁵ En terminología de CAVAS MARTÍNEZ, F.: "El 'nuevo' Derecho del Trabajo", AS, 5/2004.

²⁶ MARTÍN VALVERDE, A.: "Lectura y relectura de la 'Introducción al Derecho del Trabajo' del Profesor Alonso Olea", REDT, núm. 77, 1996, p. 416.

menos que su uso intensivo y generalizado genera una pérdida de identidad de lo que sea un contrato de trabajo y de las características y circunstancias de su desarrollo, entre ellos los siguientes²⁷:

- * crecimiento desmesurado con las incidencias informáticas derivadas del 'malware' o 'software' malicioso;

- * incremento de los problemas derivados de la privacidad por emplear los mismos ordenadores que el resto de la familia, dificultando la implementación de los necesarios perímetros de seguridad;

- * cuestionamiento de la privacidad del trabajador;

- * dificultades de la pequeña empresa para implementar sistemas eficaces de teletrabajo de manera ordenada;

- * incremento de las dificultades operativas y estructurales para trabajar en remoto y el red.

En "Tres lecciones del Covid-19 para el futuro del trabajo", ALBERT CAÑIGUERAL²⁸ señala tres problemas clave para generalizar la implementación del teletrabajo:

- *"Trabajar más en remoto sí, pero no así"*. Porque aunque estamos en presencia de *"el mayor experimento de teletrabajo de la historia"*, y los *"gobiernos y empresas han corrido a facilitar la implementación del trabajo en remoto"*, tras la experiencia vivida hemos aprendido: a) que no todo el mundo puede teletrabajar: las estadísticas así lo confirman, de los más de 19,7 millones de personas ocupadas, solamente 4,4 millones pueden efectivamente teletrabajar. b) Hay ocupaciones en las que el teletrabajo no es posible: militares, personal de supermercado o limpieza.

- *"Lo que estamos haciendo estos días de trabajar desde casa confinados no es trabajo en remoto, es supervivencia"*, porque: a) trabajar en cada, confinados, en estado de alarma, con la necesidad de atender a los niños menores que no están en el colegio, sin un espacio adecuado, sin *"registro horario"*, tiene *"poco o nada que ver con el trabajo en remoto bien entendido"*. b)

²⁷ Luis Javier Sánchez: "Los expertos advierten del elevado riesgo que asumen las empresas al utilizar de forma extensiva el teletrabajo", El Confidencial, 26 de abril de 2020.

²⁸ En Ágora, que puede leerse aquí: <https://medium.com/agora-blog-de-opini%C3%B3n/tres-lecciones-del-covid-19-para-el-futuro-del-trabajo-3f4ef3374843>

la necesaria confianza que requiere entre los empleadores y los trabajadores no se genera en estas condiciones, pues no hay trabajo asíncrono, ni libertad horaria, ni se ha dotado al trabajador de las *“herramientas y cultura para compartir información”*.

- *“Las plataformas digitales son parte de la infraestructura básica de nuestras vidas”*, por lo que la adaptación a estos nuevos mecanismos de producción laboral no debe ser tan dificultoso como lo fue la adquisición de otras pericias laborales. Al igual que es inimaginable actualmente la vida social sin teléfonos móviles, dentro de poco quizá también lo sea: a) la búsqueda de profesionales mediante la utilización de estas herramientas: en los primeros días de confinamiento *“Wallapop y Milanuncios se llenaron de cuidadores de niños y recaderos para hacer la compra ante el coronavirus”*; b) la oferta y la demanda laboral *“a través de plataformas digitales”* se está generalizando; c) en estos días *“Deliveroo y Uber Eats e incluso Cabify también se han reinventado para llevar paquetes”*. La cultura de lo digital se ha incorporado a nuestras vidas y lo ha hecho para quedarse, y se está abriendo camino para que también sea imprescindible en el mundo laboral.

- *“Los trabajadores atípicos: muy numerosos y muy desprotegidos”* y con la generalización del teletrabajo, ese 46 % de las personas en edad de trabajar no disponen de un contrato ‘típico’ pueden tener una oportunidad laboral para consolidar regularizar su situación, sea como autónomo o sea como trabajador asalariado, pero en todo caso no atípico. Pero para consolidar estas iniciativas se hace necesario que la acción gubernamental sea decisiva y profunda.

Con respecto a los retos que plantea esta manera de trabajar desde el punto de vista regulatorio, el teletrabajo plantea, al menos, los siguientes:

- La representación sindical del teletrabajador.
- La organización de la prevención de riesgos laborales.
- La fisonomía de la distribución entre tiempo de trabajo y tiempo de descanso.
- La retribución por tiempo de trabajo y por objetivos.
- El papel de la negociación colectiva en todo este nuevo paradigma

- El rol del contrato de trabajo como instrumento jurídico generador de derechos y obligaciones, no sólo como medio de certificar y acreditar un contrato de adhesión.

3. La sustitución de un trabajo por una máquina ya no es ciencia ficción

Ciertamente hoy en día el problema de la tecnología y el teletrabajo no es -como sí era en el discurso más clásico- que se estuviera amenazando el equilibrio entre tiempo de trabajo y tiempo de ocio, augurando que la “automatización amenaza con hacer posible la inversión de la relación entre el tiempo libre y el tiempo de trabajo, sobre la que descansa la civilización establecida, creando la posibilidad de que el tiempo de trabajo llegue a ser marginal y el tiempo libre llegue a ser tiempo completo”²⁹, circunstancia que influía en el salario³⁰, porque la sociedad capitalista actual está construida sobre el salario como una necesidad creciente³¹, y en la eventual alienación del trabajador.

El problema de hoy, lo que arrastra la marea y la convierte en resaca es la posibilidad (cada vez más cierta y real) de que el trabajador sea sustituido por una máquina, como ya se está consintiendo, aunque bien es cierto que indirectamente y por la puerta de atrás, en el ordenamiento laboral español.

JEREMY RIFKIN, erigido en gurú de la modernidad, enunciaba en un libro mítico y de gran influencia en la sociología del trabajo³² “...que más del 75 % de la masa laboral de los países más industrializados está comprometida en trabajos que no son más que meras tareas repetitivas. La maquinaria

²⁹ MARCUSE, H.: *Eros y civilización*, Seix Barral, Barcelona, 1968, p. 7.

³⁰ Por lo que es obligado que se preste atención a aspectos que no se relacionan directamente con el salario. En este sentido véase GINER, S.: “De la *alineación* al pensamiento social”, Revista de Estudios Políticos, núm. 124, jul.ago., 1962, pp. 49 y ss.

³¹ Así de claro y diáfano lo plantea CABALLERO ROMERO, J. J.: “Sobre el posible aburguesamiento de la clase obrera ‘rica’ en los países occidentales industrializados”, Revista de Política Social, núm. 131, 1981, pp. 61 y ss.

³² RIFKIN, J.: *El fin del trabajo. Nuevas tecnologías contra puestos de trabajo: el nacimiento de una nueva era*, Paldos, 7ª ed., Barcelona, 1996.

automatizada, los robots y los ordenadores cada vez más sofisticados pueden realizar la mayor parte, o tal vez la totalidad, de estas tareas”.

El sueño ha devenido en pesadilla, porque su cara B muestra la faz más aterradora: la amortización de puestos de trabajo para ser servidos por ordenadores y máquinas complejas.

La SJS núm. 10 Las Palmas de Gran Canaria, núm. 479/2019, de 23 de septiembre³³ cuestiona si una empresa hotelera que adquiere un programa informático capaz de realizar las reclamaciones de cobros a los proveedores de manera automática y sin necesidad de la intervención humana puede extinguir por circunstancias objetivas el contrato de la trabajadora que se encargaba de esta tarea.

Aunque la demanda de la trabajadora se estima, declarando improcedente la extinción objetiva, lo trascendente de la resolución es la argumentación que se proyecta sobre la no apreciación de la causa técnica alegada, básicamente por entender que no se ha acreditado suficientemente la “razonabilidad” de la medida. Porque aunque las sucesivas reformas en el motivo técnico, -Ley 10/2010, y, sobre todo, la Ley 3/2012-, han hecho desaparecer de la redacción del ET la referencia a la necesidad de acreditar cómo la implementación de la medida técnica implementada contribuye a salvaguardar la empresa y el empleo, este juicio de “razonabilidad” debe continuar plenamente operativo. El status cuestiones es el siguiente:

§ Antes de la reforma laboral del 2012 sólo la apreciación de la razonabilidad de la medida extintiva legitimaba la amortización del puesto de trabajo: SSTs 31.5 y 14.6 de 1996, y SSTs 13.2 y 19.3 de 2002.

§ Tras la reforma laboral de 2012 dos posturas interpretativas se han sostenido:

* Por un lado la visión más abierta, aunque algo forzada, de la AN en varias resoluciones (14.9.2012 [AS 2013\813], 28.4.2013 [AS 2013\1735], 4.7.2013 [JUR 2013\235651], y 28.10.2013 [JUR 2013\334082]) que se apoya en los arts. 22.3 y el 24.4 RD 1362/2012, de 27 de septiembre, que regula la

³³ Que analizo más detalladamente en el número 7/2019 de la Revista de Jurisprudencia Laboral: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-L-2019-00000000656)

Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, para afirmar que no basta la concurrencia de causas, sino que es preciso implementar el juicio de razonabilidad de la medida en relación con la supervivencia de la empresa y el mantenimiento del empleo.

* En segundo lugar, la primera interpretación del TS (SSTS ud. 10.9.2013 [rcud. 549/2013] y la antecedente de 12.6.2012 [rcud. 3638/2011]), mucho más cerrada, que entiende que aunque al empresario debe exigírsele una prueba plena respecto de los hechos que invoca como causa del despido *“la conexión finalista, es decir, que las extinciones acordadas constituyan una medida adecuada para mantener o mejorar la viabilidad de la empresa o el volumen de empleo, son circunstancias que constituyen un futuro, y con relación a ellas solo se pueden exigir indicios y argumentaciones al respecto, conservando por tanto el empresario en este punto un margen discrecional...”*.

Esta perspectiva fue corregida por la STS 21.1.2014 (rec. 100/2013) cuando precisa que aunque *“...la novedosa redacción legal incluso pudiera llevar a entender -equivocadamente, a nuestro juicio- la eliminación de los criterios de razonabilidad y proporcionalidad judicialmente exigibles hasta la reforma, de manera que en la actual redacción de la norma el control judicial se encontraría limitado a verificar que las ‘razones’ -y las modificaciones- guarden relación con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa”* el propio Tribunal precisa que *“a los órganos jurisdiccionales les compete no sólo emitir un juicio de legalidad en torno a la existencia de la causa alegada, sino también de razonable adecuación entre la causa acreditada y la modificación acordada”*. Postura reforzada por la STS 17.7.2014 (rec: 32/2014) cuando entiende *“que por fuerza ha de persistir un ámbito de control judicial fuera de la ‘causa’ como hecho...”*

En definitiva, en la amortización de puestos de trabajo como causa técnica el juicio de razonabilidad que anude en qué medida la implementación innovada es útil para el mantenimiento de la empresa o el empleo sigue siendo exigible y pasa, a nuestro juicio por una triple proyección argumentativa:

1) Sobre los hechos que determinan la concurrencia de la causa, es decir, sobre la probanza de que, efectivamente, la introducción de la máquina hace ineficaz el trabajo humano que pretende amortizarse.

2) Sobre la 'racionalidad' de la medida empresarialmente adoptada, en relación al mantenimiento del empleo o la superación de crisis estructurales empresariales.

3) Sobre su 'proporcionalidad', entendiéndose que deben excluirse aquellas medidas caprichosas o carentes de la más elemental operatividad, en el sentido de que si bien no corresponde a los Tribunales fijar la 'idoneidad' de la medida a adoptar empresarialmente ni tampoco censurar su 'oportunidad' en términos de gestión, deben excluirse aquellas decisiones empresariales extintivas que ofrezcan patente desproporción entre el objetivo legalmente fijado y los sacrificios impuestos a los trabajadores (SSTS 27.1.2014 [rec. 100/13], y 26.3.2014 [rec. 158/13]), asegurándose también que no exista mala fe, o abuso o uso antisocial del derecho.

La reforma laboral de 2012 provoca una paradoja: mientras que se liberalizaba la apreciación de la causa económica, pretendiendo hacerla objetiva y menos "jurisdiccional", indirectamente se fortalece el juicio de razonabilidad en la apreciación de las causas técnicas, organizativas y de producción.

En definitiva, y en conclusión, el juicio de razonabilidad en la apreciación de las causas técnicas, operativas y productivas tiene que seguir siendo plenamente operativo como parámetro que garantiza que las amortizaciones de puestos de trabajo y su sustitución por máquinas tiene una conexión laboral con la supervivencia de la empresa y el mantenimiento del empleo.

4. El rol de la ajenidad en el proceso de laboralización de actividades productivas

¿Qué hacer en toda esta tormenta? Obviamente, 'agarrarse a la galerna', y, como decíamos con anterioridad, abordar el problema y juridificar todas las relaciones productivas 'nuevas' que se desarrollen fuera del centro físico o lugar de trabajo y que, por definición, no son manuales.

Juridificar, en definitiva, las actividades productivas más refractarias a someterse a la égida común que propone el ordenamiento laboral clásico y tradicional. Porque el Derecho del Trabajo no va a desaparecer por la influencia de estos u otros fenómenos igualmente traumáticos, no debiendo cederse, por tanto, a la tentación de ‘quemar el código de trabajo’³⁴, pues su valor axiológico debe seguir jugando el tradicional doble papel de protección y de equilibrio entre todos los intereses presentes en el tablero de juego, con especial protección, naturalmente, al trabajador, como parte débil de la relación de poder que subyace en un contrato laboral.

El problema, por tanto, no es qué hacer, sino cómo hacerlo, cómo abordar la juridificación de todas estas nuevas realidades productivas. Obviamente se cuenta con la fuerza normativa de la Ley, que de manera soberana puede considerar que determinado sector de actividad va a quedar regulado por el derecho laboral, incluso en supuestos en los que las notas de laboralidad pueden quedar en entredicho.

Pero más allá de acudir a la norma lo decisivo es construir un andamiaje intelectual lo suficientemente sólido como para poder sostener dicha laboralización con garantías de éxito y de permanencia. Facilitando, y aquí está la clave de bóveda de todo el sistema, una interpretación jurisdiccional proclive a la apreciación de las notas de laboralidad.

Probablemente el elemento auxiliar más determinante para ello sea la rehabilitación de la ajenidad como pieza fundamental para la inclusión subjetiva en el ámbito de atención del derecho del trabajo de estos nuevos trabajadores, mediante la atracción hacia este marco normativo de todo aquel sujeto que depende económicamente del empresario, dando cabida, por tanto, a nuevas categorías de trabajadores, con el objetivo de patrocinar, por un lado, un suelo de derecho homogéneos a todos los ciudadanos/trabajadores que ejercen una actividad productiva (tenga la calificación jurídico normativa que tenga) y, por

³⁴ ALAIN SUPIOT.: “¿Por qué un derecho del trabajo”, Documentación Laboral, núm. 39, 1993, p. 16.

otro, no cosificar al Derecho del Trabajo como el derecho privilegiado de una clase de trabajadores, los trabajadores estatutarios³⁵.

El problema básico con el que se ha enfrentado la ajenidad como elemento conformador del ámbito subjetivo de aplicación de la normativa laboral ha sido que se ha centrado exclusivamente en apreciar la relación entre el trabajador y la actividad productiva, entre quien produce y lo que se produce, dejando de lado la relación existente entre la actividad productiva desplegada y el empresario o empleador. Porque la ajenidad, antes que nada, instrumentaliza una relación jurídica por la cual se atribuye, originaria o inicialmente, la utilidad patrimonial del esfuerzo productivo a persona distinta del propio trabajador, al empresario, que compensa al operario por ello con una parte del valor que le reporta dicha utilidad. Este esquema es, qué duda cabe, el epítome del capitalismo, que es el sistema económico en que vivimos actualmente³⁶, pero es que en otros esquemas de organización de la actividad productiva (básicamente en los de base colectivista) no puede hablarse con propiedad de ajenidad o dependencia, ni siquiera de existencia de un contrato con las características que lo conocemos en este momento histórico.

Las características de dicha relación triangular entre el trabajador, el objeto producido o servicio prestado por él, y el empleador o empresario, son las que siguen:

^ Los bienes o servicios producidos por el trabajador no le reportan un beneficio económico directo, sólo indirecto mediante la compensación salarial que, como débito por su puesta a disposición y realización de actividad, le es debida por el empresario, obtenga éste o no beneficio económico de dicha actividad³⁷.

^ El transito patrimonial se proyecta sobre bienes cuyo aprovechamiento no pertenece al quien los construye, edifica o idea, o desarrolla, sino que son

³⁵ DURÁN LÓPEZ, F.: "Globalización y relaciones de trabajo", Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 92, nov.-dic. 1998, pp. 876 y ss.

³⁶ ALONSO OLEA, M.: *Introducción al Derecho del Trabajo*, Civitas, 6ª ed., Madrid, 2002, p. 73.

³⁷ MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*, Tecnos, 40ª ed., 2019, p. 42.

atribuidos a un extraño a los mismos, a otro, que es quien organiza los medios de producción³⁸.

^ La contractualización de este relación separa artificiosamente, es decir, por medio de la intervención normativa del Derecho, propiedad y trabajo³⁹ (medios de producción y actividad, en la terminología marxista más conocida), lo que permite implementar las obligaciones salariales incluso en supuestos de no aprovechamiento patrimonial del esfuerzo producido por el trabajador.

^ La cesión es originaria, es decir, los bienes o frutos de la actividad del trabajador nunca han estado en su círculo de disposición, integrándose desde el comienzo de la relación laboral, precisamente porque existe un contrato de trabajo, en la esfera jurídica del empresario.

^ El esquema de distribución de roles jurídicos que patrocina la ajenidad se acomoda perfectamente al esquema económico en el que se desarrollan las relaciones productivas⁴⁰.

^ También se acomoda esta ordenación al entendimiento social de qué es trabajar, básicamente ejercer una actividad productiva “para otro”⁴¹.

^ Sirve, perfectamente, en definitiva, para diferenciar cuándo estamos en presencia de un trabajo autónomo y cuándo ante un trabajo asalariado.

En definitiva, la ajenidad es, sin más, la atribución originaria al empresario del esfuerzo productivo del trabajador. Y bajo esta perspectiva es el argumento instrumental que mejor sirve para dar cabida en su seno a las nuevas realidades productivas que, en las zonas grises, amenazan con deslaboralizarse, de regularse por normas propias del derecho civil o mercantil.

Porque las demás teorías sobre la ajenidad no pueden ser predicadas de estas nuevas realidades productivas a distancia o en plataformas.

³⁸ DIEGUEZ, G.: *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Civitas, 3ª ed., Madrid, 1991, p. 33..

³⁹ Naciendo con ello la alienación, de tan importantes consecuencias, no sólo terminológica, en el ámbito del derecho obrero. Sobre el particular es monumental el estudio de ALONSO OLEA, M.: *Alienación. Historia de una palabra*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1974.

⁴⁰ Advierte, en este sentido, ALONSO OLEA que “en el estado original de las cosas (los frutos pertenecían) al trabajador. Y, sin embargo, el Derecho del Trabajo toma como base justamente la contraria, esto es, una realidad social en la cual los frutos del trabajo son atribuidos inicial y directamente a persona distinta de quien ha ejecutado el trabajo”. ALONSO OLEA, M., y CASAS BAAMONDE, M^a. E.: *Derecho del Trabajo*, Civitas, 16ª ed., Madrid, 1998, pp. 42-3.

⁴¹ En palabras de BORRAJO DACRUZ, E.: *Introducción al Derecho del Trabajo*, Tecnos, 10ª ed., Madrid, 1999, p. 34.

La ajenidad en los frutos, porque estas nuevas actividades se caracterizan más por el esfuerzo productivo que por resultados concretos. De hecho, en muchas de estas relaciones no existen 'frutos' que atribuir, pues el núcleo fundamental del contrato, su causa y su razón de ser, es la actividad en sí misma considerada. Es difícil, por ejemplo, predicar la ajenidad en los frutos de prestaciones laborales de servicios para entidades benéficas, la realización de trabajos voluntarios, o las actividades de cooperación social, respecto de las cuales casa mejor la teoría del aprovechamiento patrimonial que la de los frutos⁴².

La teoría de la ajenidad entendida como asunción del riesgo empresarial por parte de quien, posteriormente, se aprovechará de los frutos, tampoco sirve cabalmente para explicar estas nuevas realidades laborales, especialmente en el trabajo en plataformas. Básicamente porque los nuevos modelos laborales requieren frecuentemente del trabajador para la puesta en marcha de su actividad laboral de bienes propios, equipos e instrumentos de labor - ordenadores, teléfonos, motocicletas, etc.- de suyo incompatibles con esta teoría. Es decir, que hay trabajador por cuenta ajena que asumen el riesgo de la producción final de bienes y servicios sin dejar por ello de ser trabajadores por cuenta ajena, y sin ser considerados trabajadores por cuenta propia. Esta teoría de la ajenidad, como casi todas, cuadra bien con un modelo laboral netamente fabril y manual.

Tampoco tiene una gráfica explicación para estas nuevas realidades la teoría de la ajenidad en el mercado. Dicha postura entiende que existe ajenidad en la medida en que el productor directo, el hacedor de los bienes y servicios, es decir, el trabajador, no tiene acceso al mercado para colocar el producto de su actividad, en la medida en que, por la dejación que subyace en el contrato de trabajo, este rol se ha reservado al empresario, que es, de un lado, quien pone los bienes en circulación en el mercado, y quién de otro, se lucra del aprovechamiento patrimonial que dicho mercado quiera darle a dichos bienes o

⁴² MONTALVO CORREA, J.: *Fundamentos de Derecho del Trabajo*, Civitas, Madrid, 1975, p. 217.

servicios⁴³. Tecleando la palabra “google” en un ordenador personal de uso doméstico descubrimos que esto no es así, que hoy en día cualquier trabajador puede “colocar” su producto o su servicio en un mercado global en el que “compran” millones de consumidores, y que no necesita un intermediario que facilite dicha operación.

Aunque las diferentes teorías no son necesariamente antagónicas, ya que cada una de ellas se centra en resaltar un matiz de la relación productiva, sí es cierto que la que mejor parece acomodarse a las nuevas realidades laborales de trabajo en plataforma es la del aprovechamiento patrimonial del esfuerzo productivo del trabajador. Es, de pronto, la que mejor responde al sustrato sociológico y psicológico que explica la realidad de este tipo contrato de trabajo (en realidad de cualquier contrato de trabajo). Es, también, la que mejor responde a la pregunta que realizamos con anterioridad, identificando al empresario como la persona que aprovecha (patrimonialmente) el resultado del contrato de trabajo. Y ha sido, en definitiva, como veremos, la que se ha empleado tradicionalmente cuando nos encontramos con una realidad productivas que tiene que ser normada y se duda si debe hacerse con normas laborales o civiles o mercantiles.

En qué medida la apreciación de esta característica en las nuevas relaciones laborales puede instrumentalizar una nueva perspectiva de la cuestión, con el objeto de incluir en el ámbito subjetivo de atención del derecho del trabajo a los trabajadores de plataforma, es la cuestión que nos queda por analizar. Pero vamos a partir, antes de desplegar un análisis exhaustivo, de la exposición sucinta de varias resoluciones jurisdiccionales que procedieron a laboralidad determinados sectores de actividad empleando la ajenidad en el aprovechamiento patrimonial como motor principal del argumentario desplegado.

5. La exponenciación de la ajenidad en la jurisprudencia: hitos más relevantes

⁴³ Así, MOLERO MANGLANO, C.: (Con SÁNCHEZ-CERVERA VALDÉS, J. M.; LÓPEZ ÁLVAREZ, M^a. J., y MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.): *Manual de Derecho del Trabajo*, Mc Graw Hill, Madrid, 2000, pp. 29-30.

En todos los casos que se proceden a exponer el debate siempre fue el mismo: apreciar si concurren las notas de dependencia y, sobre todo, la de ajenidad. Casi todos ellos gozaron de una tremenda notoriedad e influencia social, sobre todo porque procedía a someter a las normas del derecho laboral a un determinado sector de actividad que hasta entonces se regulaba por normas de derecho civil o mercantil.

5.1. La actividad de alterne

En numerosas ocasiones el Tribunal Supremo ha tenido la oportunidad de subrayar que en el ejercicio de las actividades asociadas al alterne, no el desarrollo abierto de la prostitución (por cuenta propia o por cuenta ajena⁴⁴), sí concurren las notas de laboralidad requeridas por la normativa laboral para considerarlas reguladas por este orden social. Pero en esta operación ha pesado más la concurrencia de la ajenidad que la de dependencia.

Así, por ejemplo, en las S TS de 3 de marzo de 1981 (RJ 1981\1301) sobre 'chica de alterne'; S TS de 25 de febrero de 1984 (RJ 1984\923) sobre 'bailarinas en un club de Top-Less'; S TS de 14 de mayo de 1985 (RJ 1985\2712) sobre trabajo de 'captación de clientes varones, mediante su atractivo sexual, al objeto de que consumieran bebidas'; y en la S TS de 21 de octubre de 1987 (RJ 1987\7172) sobre 'camarera en club de top-less que trabajaba fuera de la barra' del bar, el debate no pivotada sobre la concurrencia de la dependencia de estas trabajadoras, sino sobre la ajenidad, bajo la pregunta de ¿quién se beneficia económicamente del trabajo?. No importaba tanto para su consideración laboral el horario, la duración de la jornada o el sometimiento en el desarrollo de su trabajo a las órdenes o instrucciones del empresario, típicas manifestaciones de la dependencia, como la apreciación indubitada de que dicha actividad generaba un lucro en el empresario o empleador que organizaba los medios de producción: cafetería, barra, local, etc. En este medio que organizaba el empresario las trabajadoras desarrollan su actividad con plena libertad y sin estar sometidas al

⁴⁴ Sobre el particular véase SÁNCHEZ TRIGEROS, C.: "El Tribunal Supremo zanja el caso 'Mesalina'", AS, núm. 21/2004.

empleador, que, desde este punto de vista, únicamente era considerado el receptor del lucro que generaba la actividad en sí misma considerada.

Si hubiéramos atendido estas realidades únicamente subrayando la nota de dependencia probablemente hubiéramos fracasado en su proceso de laboralización, pues la concurrencia de dicha característica es más que discutible en dicha actividad, además de que las notas que suelen acompañarla -horario, jornada, sometimiento a ordenes o instrucciones precisas, etc.- se encuentran fuertemente debilitadas. Sin embargo, no parece posible negar la concurrencia de la nota de ajenidad, en el sentido de identificar como empresario a quien se lucra con el esfuerzo productivo del trabajador.

5.2. Mensajeros

La muy trascendente STS de 26 de febrero 1986 laboraliza todo el sector de actividad de repartidores o mensajeros de paquetería que aportaban su vehículo propio para el desarrollo de la actividad⁴⁵. Rompe con el *status quo* anterior que consideraba, básicamente, que las personas que desarrollaba en esta actividad deberían realizarla mediante un contrato civil (como ejemplo de esta doctrina véase la sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 1 de diciembre de 1983 [Repertorio Aranzadi 10421]), afirma la competencia del orden social de la jurisdicción para entender de estas cuestiones, y aprecia la concurrencia de las notas de laboralidad, tanto de la dependencia como de la ajenidad.

El obstáculo principal que se oponía para la interpretación favorecedora de la consideración laboral de la actividad era que el mensajero aportaba un vehículo de su propiedad (o de su libre disposición), generalmente una motocicleta de pequeña o moderada cilindrada, para la realización de la actividad. Dicha útil o instrumento de trabajo no era aportado por la empresa para la que se entregaban o enviaban los repartos, generalmente cartas o paquetes, entendiéndose que ello suponía que el trabajador tenía la cierta

⁴⁵ Un análisis de la resolución y sus antecedentes puede verse en LUJÁN ALCARAZ, J.: *Repartidores y mensajeros: ¿contrato laboral o de transporte?*, Tecnos, Madrid, 1990.

capacidad de autoorganización, como efectivamente sucedía, característicamente asociada a los trabajadores autónomos o por cuenta propia. Más allá de afirmar también la nota de dependencia, aunque muy flexibilizada pues no existía horario concreto, se podían rechazar encargos, etc., la apreciación de la nota de ajenidad es clave para dicha laboralización. Básicamente porque se aprecia que el trabajador percibía un salario fijo incluso aunque no entregase paquete alguno (bien es cierto que pequeño); se le abonaba el tiempo de espera entre encargo y encargo; el trabajador no intervenía en la fijación de precios de los envíos entre empresas; la empresa cubría los riesgos que corrían los objetos transportados en el transporte de un sitio a otro; y la empresa se apropiaba del beneficio que produce dicha actividad.

En definitiva, que se aprecia la nota de ajenidad con total nitidez, contribuyendo decisivamente a este proceso de laboralización de este sector. Que posteriormente el legislador haya querido expresamente que estas actividades se regulasen por normas extrañas al derecho laboral como actualmente acontece para el ordenamiento jurídico español no resta ni un ápice de peso al argumento que estamos manejando.

5.3. Encuestadores

Las SSTs en unificación de doctrina de 27 de mayo de 1992 (Aranzadi 3678); 26 de enero de 1994 (Aranzadi 380) y 14 de febrero de 1994 (Aranzadi 1035) afirman, sin lugar a duda, que la actividad que realizan los encuestadores para las empresas demoscópicas debe someterse, por completo, al marco legal que patrocina las normas laborales⁴⁶. Anteriormente se entendía que la calificación jurídica adecuada para esta actividad era la de arrendamientos de obra o servicio, típicas del ordenamiento civil.

La ajenidad aquí funciona como elemento de cierre de la concurrencia de las demás circunstancias, principalmente la dependencia, la subordinación y la retribución, básicamente porque da explicación coherente a la causa del contrato

⁴⁶ Acerca del tema puede consultarse CHACARTEGUI JÁVEGA, C.: *¿Son los encuestadores trabajadores?*, Tecnos, Madrid, 1996.

existente entre la empresa demoscópica y el trabajador que realiza las encuestas. No juega un rol tan estelar como en el supuesto anteriormente analizado, pero, desde luego, se subraya por estas tres resoluciones de manera muy enfática la concurrencia de la ajenidad. La causa y razón del contrato para el empresario es el aprovechamiento patrimonial de la actividad productiva del trabajador.

5.4. Director de periódico

La STS de 30 de enero de 1990 (Aranzadi 233) cambia radicalmente de criterio, y comienza a entender que la relación que une a un director de periódico con su editor es netamente laboral, aunque ciertamente perteneciente a la categoría de las relaciones especiales, abandonando la anterior interpretación dominante que patrocinaba que dicha relación era de naturaleza civil de prestación de servicios.

Con respecto a la concurrencia de la nota de dependencia afirma que debe considerarse ésta “no como una subordinación rigurosa, sino como inserción del trabajador en el ámbito de organización y dirección del empleador”, añadiendo, como criterio a tener en cuenta para la gradación de dicha dependencia, que “hay que admitir que en esta relación jurídica concurren determinadas particularidades basadas fundamentalmente en la singular dosis de confianza que la preside y en la amplitud de las facultades que ostenta el Director de una publicación periódica”⁴⁷.

La inclusión del trabajador en el ámbito de organización y dirección empresarial supone, en definitiva, su sujeción al poder rector del empresario y al poder disciplinario que puede desplegar, como dos manifestaciones específicas del aspecto pasivo de los poderes de ordenación y mando empresarial, en la medida en que se le atribuyen (por el ordenamiento) dichos poderes en virtud de la asumida atribución patrimonial en origen del trabajo realizado en régimen de ajenidad para él. Es decir, según esta interpretación, corolario de las anteriores

⁴⁷ Un análisis singular de esta resolución puede verse en ALONSO GARCÍA, B.: *El contrato del director de periódico*, Madrid, 1992, pp. 9 y ss. y especialmente en pp. 28-31.

teorías sobre la ajenidad, la dependencia como característica jurídica deriva de la ajenidad; precisamente porque existe ésta puede predicarse aquella. El ajeno, en palabras de ALONSO OLEA, "...que recibe y remunera los frutos tiene un derecho, derivado de la causa del pacto de cesión y enmarcado por ella, a impartir órdenes sobre el lugar, el tiempo y el modo de producción, y sobre la clase y cantidad de los frutos cuya titularidad le corresponde. Tiene, en suma, un poder de dirección, que se plasma en órdenes sobre el objeto de contrato, esto es, sobre el trabajo, del que es correlato la dependencia o subordinación del trabajador a las mismas" ⁴⁸. En definitiva, que la dotación por el ordenamiento laboral de dichos poderes de ordenación de la actividad y mando al empresario tienen como presupuesto el régimen de apropiación patrimonial originaria por el empresario del esfuerzo productivo del trabajador. Hay mando empresarial no porque haya contrato de trabajo, sino porque hay atribución originaria del esfuerzo productivo del trabajador.

Explicarlo al revés supondría tanto como afirmar que quien está en prisión es porque se le ha descubierto en tras la perpetración de un delito, y no porque lo ha cometido. Se está en prisión porque se ha cometido un delito, su descubrimiento es instrumental al fin último de la pena. Se trabaja, se considera trabajador, porque el empresario se apropia del esfuerzo productivo del trabajador, para lo cual se le dota de unos poderes de organización y mando.

5.5. Abogados

La actual regulación de la relación jurídica que une a los abogados con el bufete profesional para el que desarrolla la profesión liberal se regula en Real Decreto 1331/2006, de 17 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los abogados que prestan servicios en despachos de abogados, individuales o colectivos. Se configura así una relación laboral de carácter especial que da al traste con la interpretación que entendía que lo

⁴⁸ ALONSO OLEA, M., y CASAS BAAMONDE, M^a. E.: *Derecho del...*, ob. cit., p. 45.

procedente era considerar que estamos en presencia de un contrato civil de arrendamiento de servicios o de mandato⁴⁹.

Aunque la situación ahora es plenamente laboral, como decimos, lo que se pretende destacar en este momento es que el obstáculo fundamental para laboralizar este sector productivo lo constituía la imposibilidad de encontrar un argumento que apoyase la existencia de ajenidad en la relación que une al abogado por el bufete en el que desarrolla su oficio. No sólo, por descontado, desde el punto de la dependencia en las cuestiones técnicas (menos dudoso, por supuesto, en las cuestiones organizativas o logísticas), sino, sobre todo, desde el punto de vista de la ajenidad, cuya nota se encuentra tremendamente debilitada en esta relación. Desde luego era (y es) imposible de apreciar entre el abogado y el pasante, y también entre un abogado y un colaborador, pero también era difícil de apreciar cuando se ejercía la actividad en grandes despachos profesionales. Sólo cuando la realidad social constataba la existencia de grandes organizaciones con multitud de profesionales que ejercían la profesión liberal bajo su manto, como si de una marca se tratase, y se constataba no sólo la dependencia organizativa, sino también el lucro empresarial que redundaba en el desarrollo de dicha profesión liberal para los titulares del bufete se consideró necesario acudir a una regulación normativa que despejase las dudas al respecto.

En definitiva, que fue la imposibilidad de apreciar la existencia de la ajenidad en este tipo de relaciones lo que retrasó el proceso de laboralización de este sector productivos. El hecho de percibir la retribución mediante 'iguales', no tener una remuneración constante y fija, recibir la remuneración por los servicios profesionales directamente por parte del cliente, tener que darse de alta individualmente tanto en el colegio de abogado como en la mutualidad de la abogacía, sin intervenir en ambas operaciones la estructura empresarial, eran obstáculos muy sólidos para poder apreciar que existía una auténtica ajenidad. Sólo cuando la contratación de estos profesionales por los grandes bufetes se estandarizó, con remuneraciones directamente satisfechas por la organización,

⁴⁹ Para la situación anterior a este norma véase MONTOYA MELGAR, A. y CÁMARA BOTÍA, A.: *Abogados: profesión liberal y contrato de trabajo*, Tecnos, Madrid, 1990.

con partidas económicas idénticas para todos los profesionales de la misma cualificación profesional y antigüedad, se pudo apreciar que este sector se encaminaba a pasos agigantados hacia una laboralización por sí mismo, adoptándose la norma como mecanismo de salvaguarda de los derechos sociales de estos actores de la trama.

5.6. Repartidores en plataforma

La reciente STS-SOC 805/2020, de 25 de septiembre considera que la relación que une a un ‘riders’ con la empresa reúne todas las características para ser considerada plenamente laboral⁵⁰. Aunque la empresa de la que se trataba era Glovo, la doctrina que patrocina puede predicarse de cualquier otra actividad productiva desarrollada mediante plataforma.

Es una resolución sumamente trascendente, que adquiere una importancia capital tanto en el desarrollo del sector productivo de las actividades desarrolladas mediante plataforma, como en el devenir legislativo, pues no se ha tardado en promulgar una norma que, siguiendo sus dictados, regule sobre esta realidad social.

Sus líneas argumentales se basan, principalmente, en apreciar si concurre la dependencia y la ajenidad, porque, como explica la “...línea divisora entre el contrato de trabajo y otros vínculos de naturaleza análoga (particularmente la ejecución de obra y el arrendamiento de servicios), regulados por la legislación civil o mercantil, no aparece nítida ni en la doctrina, ni en la legislación, y ni siquiera en la realidad social. Y ello es así, porque en el contrato de arrendamiento de servicios el esquema de la relación contractual es un genérico intercambio de obligaciones y prestaciones de trabajo con la

⁵⁰ Son muy numerosos los estudios que se han publicado sobre esta resolución. Baste citar aquí y ahora los siguientes: BLÁZQUEZ AGUDO, E. M^a.: “La protección jurídico-laboral de los “riders”. El trabajo en plataformas en la encrucijada de la laboralidad”, Revista de Derecho Social y Empresa, núm. 15, jul. 2021, pp. 2 y ss. BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “STS 25/9/20: Los repartidores de GLOVO son trabajadores por cuenta ajena (y no necesitan una regulación especial)”, en <https://ignasibeltran.com/2020/10/08/sts-25-9-20-los-repartidores-de-glovo-son-trabajadores-por-cuenta-ajena-y-no-necesitan-una-regulacion-especial/> TODOLÍ SIGNES, A.: “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo español que considera a los Riders empleados laborales”, Labour & Law Issues, Vol. 6, No. 2, 2020.

contrapartida de un 'precio' o remuneración de los servicios, en tanto que el contrato de trabajo es una especie del género anterior, consistente en el intercambio de obligaciones y prestaciones de trabajo, pero en este caso dependiente, por cuenta ajena y a cambio de retribución garantizada”.

Ahora bien, no podemos establecer criterios dogmáticos que sirvan para cualquier situación, modalidad o tiempo, porque la apreciación de la concurrencia de estas notas de laboralidad “*se rige por el más puro casuismo*”, por lo que se hace necesario “*tomar en consideración la totalidad de las circunstancias concurrentes en el caso, a fin de constatar si se dan las notas de ajenidad, retribución y dependencia, en el sentido en que estos conceptos son concebidos por la jurisprudencia*”.

Aunque la resolución analiza la importancia de la dependencia es la nota de ajenidad la que le da el marchamo de calidad a la resolución.

Aprecia, concretamente, que se consideran indicios de la dependencia los siguientes:

- * La entrega o puesta a disposición del empresario por parte del trabajador de los productos elaborados o de los servicios realizados.

- * La adopción por parte del empresario de todas las decisiones concernientes a las relaciones de mercado

- * La adopción empresarial de las decisiones relativas a las relaciones con el público.

- * La fijación empresarial de los precios o tarifas.

- * La selección de clientela, o la indicación del público al que atender se realiza empresarialmente.

- * El carácter fijo o periódico de la remuneración del trabajo.

- * El cálculo de la retribución (o de sus conceptos integrantes) con arreglo a un criterio que guarde una cierta proporción con la actividad prestada.

- * Asunción empresarial del riesgo que caracterizan a la actividad productiva.

Desde un punto de vista más concreto la ajenidad puede predicarse de una relación cuando concurren las tres circunstancias siguientes:

1) Los frutos del trabajo pasan ab initio a la estructura empresarial, que asume la obligación de retribuir dichos servicios.

2) Se descarta que el trabajador asuma riesgo empresarial de clase alguna.

3) Se constata que el trabajador no realiza una inversión en bienes de capital relevantes para el desarrollo de la actividad productiva.

El argumento clave para sostener toda esta argumentación es que, como precisa, *“La ajenidad en los frutos se produce cuando la utilidad patrimonial derivada del mismo -es decir, lo que pagan los clientes- ingresa directamente en el patrimonio de la empresa y no en el de los actores (ajenidad en los frutos y en la utilidad patrimonial) y estos percibirán su salario, en la modalidad de por unidad de obra”*, descartando que *“el no establecimiento de retribución o salario fijo”* determine la consideración del operario como trabajador autónomo, porque esta circunstancia -no percibir un salario fijo- *“no es un elemento característico delimitador del contrato de trabajo respecto de otras figuras”*.

Para el caso concreto el fundamento jurídico vigésimo analiza la concurrencia del requisito de la ajenidad. No tiene el TS la menor duda al respecto: *“Glovo tomaba todas las decisiones comerciales. El precio de los servicios prestados, la forma de pago y la remuneración a los repartidores se fija exclusivamente por esa empresa. Los repartidores no perciben sus honorarios directamente de los clientes finales de la plataforma sino que el precio del servicio lo recibe Glovo, quien posteriormente abona su retribución a los repartidores. Ello evidencia que Glovo no es una mera intermediaria entre clientes finales y repartidores. Ni los comercios, ni los consumidores finales a quienes se realiza el servicio de reparto, son clientes del repartidor, sino de Glovo”*.

Aprecia de manera más concreta, en relación con la ajenidad en los riesgos, que *“el hecho de no cobrar por el servicio si éste no llega a materializarse es consecuencia obligada de la retribución por unidad de obra. Pero no supone que el trabajador responda de su buen fin asumiendo el riesgo y ventura del mismo”*. Es decir, *“no puede decirse que concurriera en el actor el binomio riesgo-lucro especial que caracteriza a la actividad del empresario o al ejercicio*

libre de las profesiones”, por mucho que aportara la motocicleta y el móvil como elementos necesarios para el desarrollo de la actividad productiva.

En definitiva, *“Sí que existe la ajenidad en los frutos porque Glovo se apropia de manera directa del resultado de la prestación de trabajo, el cual redundará en beneficio de dicha empresa, que hizo suyos los frutos del mismo”,* básicamente porque *“El repartidor no tenía ninguna intervención en los acuerdos establecidos entre Glovo y los comercios, ni en la relación entre Glovo y los clientes a los que servían los pedidos”*. Añadiendo que *“No contrató con unos ni con otros, limitándose a prestar el servicio en las condiciones impuestas por Glovo. Es la empresa quien acuerda con los distintos establecimientos los precios que éstos le abonarán y fija unilateralmente las tarifas que el repartidor percibe por los recados que efectúa, incluidas las sumas adicionales por kilometraje y tiempo de espera, en cuyo establecimiento aquél no tiene la más mínima participación”*.

Pero es que, además, se podría deducir la concurrencia de la ajenidad de la utilización de los medios empleados para el desarrollo de la actividad, *“evidenciada por la diferencia entre la importancia económica de la plataforma digital y los medios materiales del demandante: un teléfono móvil y una motocicleta”*. Porque, se mire como se mire, *“los medios de producción esenciales en esta actividad no son el teléfono móvil y la motocicleta del repartidor sino la plataforma digital de Glovo, en la que deben darse de alta restaurantes, consumidores y repartidores, al margen de la cual no es factible la prestación del servicio”*.

En definitiva y en conclusión, la afinidad es apreciada en este tipo de relación productiva incluso aunque el trabajador aporte instrumentos necesarios para su ejercicio, principalmente porque, en primer lugar, carece de competencia alguna en la fijación de los precios y, en segundo lugar, porque el abono de los servicios prestados por él se ingresa directamente en la esfera jurídica del empleador o empresario.

Es una resolución de una trascendencia práctica muy importante. Laboraliza todo un sector de producción, impide que se ideen fórmulas similares estas para ‘contratar’ a trabajadores mediante mecanismos distintos al régimen

laboral y, probablemente, podrá embridar excesos en otros sectores de similar configuración al de los riders, particularmente los conductores de ‘uber’ y similares.

Nuestro ordenamiento jurídico ha reaccionado rápidamente a los impactos de esta resolución, promulgando primero el Real Decreto-ley 9/2021, de 11 de mayo, y posteriormente la Ley 12/2021, de 28 de septiembre, por la que se modifica el texto refundido del ET, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales.

Mediante ella se incorpora una nueva “Disposición adicional vigesimotercera” en el Estatuto de los Trabajadores, titulada “*Presunción de laboralidad en el ámbito de las plataformas digitales de reparto*” con el siguiente tenor literal: “*Por aplicación de lo establecido en el artículo 8.1, 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. Esta presunción no afecta a lo previsto en el artículo 1.3 de la presente norma*”.

Más allá de algunas precisiones técnicas que pueden cuestionarse de este texto legal -el verdadero alcance de la presunción, la operatividad en empresas que gestionen los riders sin emplear la gestión “*algorítmica*”, entre otras- lo cierto es que consolida a nivel legal lo que en la resolución jurisdiccional apreció: que esta relación es laboral y debe regirse mediante las normas laborales. Desde la atalaya que hemos elegido para vislumbrar este problema debemos subrayar el rol determinante que ha jugado la ajenidad en este proceder, como argumento instrumental, para laboralizar determinadas actividades productivas que no se sujetan a la egida clásica de trabajo fabril y manual.

Ésta ha sido, además, la tónica interpretativa por la que se han conducido otros ordenamientos jurídicos hermanos. Particularmente en Argentina con el fallo, también histórico, del Tribunal de Trabajo núm. 4 de La Plata (expediente

N° 29059) en el asunto *Kadabra SAS c. Ministerio de Trabajo*, básicamente por entender que “*La tenencia de una moto y la inscripción en monotributo no convierte al trabajador de plataforma en empresario (art.14 LCT) y tampoco es real que los trabajadores de la plataforma de KADABRA SAS tengan libre albedrío para elegir dónde y cuando trabajar*”. Se enmarca la resolución, como bien se encarga de recalcar expresamente esta resolución, en la tendencia que suscriben otras resoluciones de otros países que afirman la laboralidad de la actividad del trabajo realizado mediante plataformas.

Las soluciones en todos los ordenamientos jurídicos discurren, como se aprecia, por caminos similares, y en todos ellos ha sido la ajenidad el concepto instrumental especialmente tenido en consideración para la laboralización de las actividades desarrolladas mediante plataformas.

6. Conclusiones

Aunque para afirmar la laboralidad de una actividad productiva se requiere afirmar tanto la dependencia como la ajenidad, en el devenir histórico del Derecho Laboral el papel fundamental lo ha jugado la dependencia, sobre todo para afirmar la condición laboral de actividades manuales desarrolladas en una fábrica o centro de trabajo. A medida que la actividad laboral se ha ido espiritualizando, es decir, a medida que ha ido perdiendo importancia la actividad física y ha ido adquiriendo trascendencia el desarrollo intelectual, la dependencia ha perdido fisicidad. Desde el punto de vista de la ajenidad ocurre exactamente lo contrario. No tiene especial importancia cuando la actividad se desarrolla en un lugar de trabajo -fábrica, oficina, taller, etc.-, probablemente porque se presupone, pero va adquiriendo potencia afirmativa de la laboralidad cuando el trabajador se va alejando del centro de trabajo.

Hoy en día para determinadas actividades, preguntar quién se beneficia de la actividad productiva desarrollada del trabajador es trascendente para afirmar, de un lado, el ámbito jurídico técnico que regula la actividad -laboral, o por cuenta propia-, así como para deducir, de otro, las obligaciones y deberes de la relación. Piénsese, por ejemplo, en el trabajo a distancia, en el que el control del

empresario se diluye significativamente, al punto de ser prácticamente inexistente o meramente episódica. Sin la ajenidad sería difícil considerar que estamos en presencia de un trabajo laboral, y más difícil todavía sostener que los instrumentos informáticos que utiliza el trabajador deben ser suministrados y mantenidos por el empresario.

Y este es el esquema que hay que aplicar a los trabajos desarrollados en plataformas. Porque, como decíamos al comienzo de este trabajo, es el instrumento que mejor da respuesta a una pregunta sencilla, directa, y fácil de enunciar: ¿Quién se beneficia económicamente de la actividad productiva desarrollada mediante la utilización de las plataformas?

No hay duda, no puede haberla. Empresario es quien se lucra del desarrollo de la actividad, siendo, además, el que aporta (y mantiene al día, y nutre de empresas que utilizan sus servicios) la plataforma -auténtico bien industrial- para el desenvolvimiento de la actividad.

En esta actividad productiva existe, por tanto, un trabajador, que es quien desarrolla el trabajo, un empresario, que es quien pone al servicio del trabajo los medios de producción, siendo, además quien obtiene un beneficio económico de la misma y remunera al trabajador. Ergo, estamos en presencia de una actividad laboral, que debe ser sometida a un contrato de trabajo. Y en este proceder el auxilio de la ajenidad se revela fundamental.

Bibliografía

- ALIAGA CASANOVA, A. C. (2001). “El teletrabajo, la necesidad de su regulación legal y el respeto a la intimidad”, Boletín de Información del Ministerio de Justicia, núm. 1902, oct.
- ALONSO GARCÍA, B. (1992). *El contrato del director de periódico*, Madrid.
- ALONSO OLEA, M. (1974). *Alienación. Historia de una palabra*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid.
- ALONSO OLEA, M., y CASAS BAAMONDE, M^a. E. (1998). *Derecho del Trabajo*, Civitas, 16^a ed., Madrid.
- ALONSO OLEA, M. (2002). *Introducción al Derecho del Trabajo*, Civitas, 6^a ed., Madrid.
- ARANDA, J. (2000). *El teletrabajo. Análisis jurídico-laboral*, CES, Madrid.
- BECK, U. (2002). “Libertad o capitalismo: el incierto futuro del trabajo”, El País, 24 feb.
- BENLLOCH SANZ, P. (2004). “La actividad del voluntariado: su difícil delimitación con la actividad laboral”, Aranzadi Social, núm 1/2004.
- BLÁZQUEZ AGUDO, E. M^a. (2021). “La protección jurídico-laboral de los “riders”. El trabajo en plataformas en la encrucijada de la laboralidad”, Revista de Derecho Social y Empresa, núm. 15, jul.
- BORRAJO DACRUZ, E. (1999). *Introducción al Derecho del Trabajo*, Tecnos, 10^a ed., Madrid.
- CABALLERO ROMERO, J. J. (1981). “Sobre el posible aburguesamiento de la clase obrera ‘rica’ en los países occidentales industrializados”, Revista de Política Social, núm. 131.
- CAVAS MARTÍNEZ, F. (2004). “Reflexiones sobre el trabajo y su papel en la actual sociedad de la información”, Aranzadi Social, núm. 10/2004.
- CAVAS MARTÍNEZ, F. (2004). “Los trabajadores autónomos dependientes: una nueva encrucijada para el Derecho del Trabajo”, Aranzadi Social, 14/2004.
- CAVAS MARTÍNEZ, F. (2004). “El ‘nuevo’ Derecho del Trabajo”, AS, 5/2004.
- CHACARTEGUI JÁVEGA, C. (1996). *¿Son los encuestadores trabajadores?*, Tecnos, Madrid.

- DIEGUEZ, G. (1991). *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Civitas, 3ª ed., Madrid.
- DURÁN LÓPEZ, F. (1998). "Globalización y relaciones de trabajo", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 92, nov.-dic.
- FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. (2000). "Hacia un nuevo Derecho del Trabajo", *La Ley*, núm. 5122, ago.
- GINER, S. (1962). "De la *alineación* al pensamiento social", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 124, jul-ago.
- HOPENHAYN, M. (2001). *Repensar el trabajo. Historia, profusión y perspectivas de un concepto*, Norma, 1ª reimp, Buenos Aires.
- LUJÁN ALCARAZ, J. (1990). *Repartidores y mensajeros: ¿contrato laboral o de transporte?*, Tecnos, Madrid.
- MARCUSE, H. (1968). *Eros y civilización*, Seix Barral, Barcelona.
- MARTÍN VALVERDE, A. (1990). "El discreto retorno al arrendamiento de servicios", en VV. AA.: *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos por los Catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al profesor Manuel Alonso Olea*, MTSS, Madrid.
- MARTÍN VALVERDE, A. (1996). "Lectura y relectura de la 'Introducción al Derecho del Trabajo' del Profesor Alonso Olea", *REDT*, núm. 77.
- MARTÍN VALVERDE, A. (2002). "Frontera y 'zonas grises' del Derecho del Trabajo en la jurisprudencia actual (1980-2001)", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 38.
- MOLERO MANGLANO, C., (Con SÁNCHEZ-CERVERA VALDÉS, J. M.; LÓPEZ ÁLVAREZ, M^a. J., y MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.) (2000). *Manual de Derecho del Trabajo*, Mc Graw Hill, Madrid.
- MONEREO PÉREZ, J. L. (1996). *Algunas reflexiones sobre la caracterización técnico jurídica del Derecho del Trabajo*, Civitas, Madrid.
- MONTALVO CORREA, J. (1975). *Fundamentos de Derecho del Trabajo*, Civitas, Madrid.
- MONTOYA MELGAR, A. y CÁMARA BOTÍA, A. (1990). *Abogados: profesión liberal y contrato de trabajo*, Tecnos, Madrid.

- MONTOYA MELGAR, A. (2011). “El trabajo por cuenta ajena y las predicciones marxistas sobre su abolición”, Separata de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid.
- MONTOYA MELGAR, A. (2019). *Derecho del Trabajo*, Tecnos, 40ª ed.
- ORTIZ LALLANA, C. (1999). “La supervivencia del Derecho del Trabajo”, *Actualidad Laboral*, núm. 42, nov.
- PÉREZ ADÁN, J. (1991). “Impacto de la revolución tecnológica en el trabajo humano”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 1, ene.-mar.
- PÉREZ DE LOS COBOS, F. (1990). *Nuevas tecnologías y relación de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- PRADOS DE REYES, F. J. (Coord.) (2001). “Contrato y relación de Trabajo”, en VV. AA.: *Veinte años de Jurisprudencia Laboral y Social del Tribunal Constitucional*, Tecnos, Madrid.
- RAMOS MARTÍN, N. E. (2019). “Teletrabajo, oportunidades y retos: perspectivas de la OIT y la UE”, en VV.AA.: *El futuro del trabajo: cien años de la OIT. XXIX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones, Madrid.
- RIFKIN, J. (1996). *El fin del trabajo. Nuevas tecnologías contra puestos de trabajo: el nacimiento de una nueva era*, Paldos, 7ª ed., Barcelona.
- RIVERO LAMAS, J. (2002). “El trabajo en la sociedad de la información”, *Diario Jurídico Aranzadi*, 22 feb.
- ROMAGNOLI, U. (1997). *El Derecho, el Trabajo y la Historia*, CES, (traduc. Marina Tomadini); Madrid.
- SÁNCHEZ TRIGEROS, C. (2004). “El Tribunal Supremo zanja el caso ‘Mesalina’”, *AS*, núm. 21/2004.
- SENNETT, R. (2000). *La corrosión del carácter. Las consecuencias personales del trabajo en el nuevo capitalismo*, Anagrama, 3ª ed., Barcelona.
- SELLAS I BENVINGUT, R. (2001). *El régimen jurídico del Teletrabajo*, Aranzadi, Pamplona.

SUPIOT, A. (1993). “¿Por qué un derecho del trabajo?”, Documentación Laboral, núm. 39.

SUPIOT, A. (1997). “Introducción a las reflexiones sobre el trabajo”, Revista Internacional del Trabajo, Vol. 115, núm. 6.

TODOLÍ SIGNES, A. (2020). “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo español que considera a los Riders empleados laborales”, Labour & Law Issues, Vol. 6, No. 2.

Recursos electrónicos

BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “STS 25/9/20: Los repartidores de GLOVO son trabajadores por cuenta ajena (y no necesitan una regulación especial)”. Disponible en <https://ignasibeltran.com/2020/10/08/sts-25-9-20-los-repartidores-de-glovo-son-trabajadores-por-cuenta-ajena-y-no-necesitan-una-regulacion-especial/>.

EL TRABAJO EN PLATAFORMAS DIGITALES EN PERÚ: MÁS ALLÁ DE LA CALIFICACIÓN JURÍDICA. REFLEXIONES SOBRE LA ORGANIZACIÓN DEL TIEMPO Y EL PAGO DE REMUNERACIONES

WORK ON DIGITAL PLATFORMS IN PERU: BEYOND LEGAL QUALIFICATION. REFLECTIONS ON TIME ORGANIZATION AND SALARIES PAYMENT

Elmer Guillermo ARCE ORTÍZ

Doctor en Derecho, Universidad de Cádiz, España. Profesor de Derecho del Trabajo, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú.

egarce@pucp.edu.pe

Fecha de envío: 29/11/2021

Fecha de aceptación: 10/12/2021

EL TRABAJO EN PLATAFORMAS DIGITALES EN PERÚ: MÁS ALLÁ DE LA CALIFICACIÓN JURÍDICA. REFLEXIONES SOBRE LA ORGANIZACIÓN DEL TIEMPO Y EL PAGO DE REMUNERACIONES

Elmer Guillermo ARCE ORTÍZ

Pontificia Universidad Católica del Perú (Perú)

Resumen: Al parecer, el debate jurídico del trabajo en plataformas digitales se ha estancado en un “falso dilema”: ¿estas relaciones deben regularse como trabajo subordinado o como trabajo autónomo? El autor, quien reflexiona en torno a la normativa laboral peruana sobre jornada, horario y conceptos remunerativos, considera que ni una ni otra legislación, a día de hoy, resulta adecuada para evitar la precariedad laboral y para proteger los derechos fundamentales de los trabajadores de plataformas. Por ello, más allá de qué legislación se aplique, es necesario perfilar una regulación que de solución a los problemas específicos que tienen los trabajadores en las plataformas digitales.

Palabras clave: Plataformas digitales - Desconexión digital - Tiempo de trabajo - Remuneración - Trabajadores autónomos - Trabajadores por cuenta ajena

Sumario: 1. El problema no es sólo de calificación jurídica. Inaplicación de derechos fundamentales. 2. LATINOAMÉRICA: El doble signo de los efectos del trabajo en plataformas digitales. 3. La regulación laboral en el tiempo de trabajo. Jornada, horario y desconexión digital. 4. No se respetaría la jornada máxima constitucional: ¿trabajadores intermitentes? 5. Desconexión digital. 6. La remuneración en el trabajo de plataformas. 7. La necesidad de una nueva regulación. Sea en lo laboral como en lo autónomo.

Abstract: The legal debate on work on digital platforms seems to be stalled in a “false dilemma”: should these relationships be regulated as subordinate work or

as self-employment? The author --who reflects on the Peruvian labor regulations about workday, working hours, and remuneration concepts--, considers that none of them is currently adequate to avoid job insecurity, and to protect workers' fundamental rights in the platforms. Therefore, regardless of the legislation being applied, a regulation that solves these workers' specific problems on digital platforms should be envisaged.

Key words: Digital platforms - Digital disconnection - Working time - Remuneration - Self-employed workers - Employees

Summary: 1. The problem is not only concerned to legal qualification. Inapplication of fundamental rights. 2. LATIN AMERICA: The double sign of work effects on digital platforms. 3. Labor regulation in working time. Workday, working hours and digital disconnection. 4. Constitutional maximum working hours might not be respected: intermittent workers? 5. Digital disconnection. 6. Remuneration on platforms work. 7. The need for a new regulation. For employees and for independent workers.

1. El problema no es sólo de calificación jurídica. Inaplicación de derechos fundamentales

Desde hace algunos años, el trabajo en plataformas digitales se debate en el dilema de si son relaciones laborales o si son relaciones de trabajo autónomo, sin embargo, creo que éste es un “falso dilema”. Este problema de calificación jurídica, parte de una idea equivocada: tanto la regulación del trabajo subordinado así como la del trabajo autónomo, van a proteger los derechos de los prestadores de servicios en las plataformas digitales.

Al menos eso, no sucede en Latinoamérica. Perú, por ejemplo, no cuenta con regulación propia del trabajo autónomo, salvo en lo señalado en la legislación civil o mercantil. Pero, por otro lado, tampoco la legislación del trabajo subordinado en el Perú configura un sistema de garantías suficiente para los derechos de quienes prestan servicios en el contexto especial de las plataformas digitales. Muchas veces, la normativa tradicional laboral no está pensada para regular la naturaleza *sui generis* de las plataformas digitales. Piénsese, por ejemplo, en las vacaciones. En la normativa peruana se requiere una cantidad de días efectivos de trabajo al año para gozar de vacaciones, por lo que si no llegas a ese número de días efectivos no adquieres ese derecho.

Sin duda, esta regla está pensada para trabajadores que laboran todos los días del año y que, en todo caso, depende de ellos alcanzar el número mínimo de días de trabajo. Pero, el problema en el trabajo de plataformas es que el cumplimiento puede depender más bien del empleador y no tanto del trabajador. Por ejemplo,

¿Qué pasa si el algoritmo de la plataforma¹ sólo hace encargos a un trabajador tres días a la semana? Este trabajador no llegará al record mínimo, con lo cual no gozará de vacaciones. La plataforma no pierde, porque los otros

¹ Según el diccionario de la Real Academia Española, “algoritmo” significa “conjunto ordenado y finito de operaciones que permite hallar la solución de un problema”. Es decir, el algoritmo es la secuencia de pasos que debemos seguir para resolver un problema. Seguramente, el algoritmo más típico puede ser una receta de cocina. De la misma manera, las empresas de plataformas digitales también se valen de un algoritmo para determinar los turnos de los repartidores o los planes de pago a aquéllos. Son decisiones automatizadas.

tres días faltantes de la semana puede cubrirlos con otro trabajador, al que tampoco se le reconocerán vacaciones.

Con ello, quiero indicar que sea cual fuere la calificación jurídica que se asigne al trabajo en plataformas digitales, lo más importante es construir un sistema de garantías que proteja adecuadamente a quienes prestan servicios en una empresa digital. Se requieren normas *ad hoc* a estos nuevos fenómenos, que fomenten la eficacia de los derechos fundamentales. Al margen de la naturaleza civil o laboral del vínculo, se debe proteger la seguridad y salud del prestador del servicio, su derecho a la igualdad de trato, a la jornada máxima, a descansos remunerados, a la libertad sindical, etc. Y todo ello, en la medida que se debe defender la dignidad del ser humano, más allá de calificaciones jurídicas.

2. LATINOAMÉRICA: El doble signo de los efectos del trabajo en plataformas digitales

La economía digital, y con ella el uso empresarial de las plataformas, ha llegado a Latinoamérica con relativa fuerza. En Europa, es bien sabido que está precarizando empleo y destruyendo puestos de trabajo. Sin embargo, en Latinoamérica no se aclara bien el panorama.

La presencia de las plataformas digitales en economías Latinoamericanas, puede tener “efectos” de un doble signo: **o bien puede destruir empleos** de empresas grandes de alta rentabilidad y productividad (tómese en cuenta, una cadena de farmacias que antes contrataba a sus repartidores de medicinas en su planilla y hoy recurre simplemente a plataformas de reparto como Glovo) para convertirlos en precarios **o bien puede formalizar autónomos que por ahora son informales** (taxistas informales a día de hoy que son absorbidos por Uber).

Respecto al primero de estos efectos, la destrucción de la reducida formalidad que tenemos en el mercado de trabajo peruano y latinoamericano, puede verse afectada sobretodo en ciertas cadenas empresariales del sector formal del comercio o de servicios: hoteles, restaurantes, farmacias o cines. Recuérdese, que el empleo formal en Perú equivale a sólo el 25% de la población

económicamente activa- PEA- y que esta pequeña bolsa de formalidad está integrada en su mayoría por los sectores primarios -pesca, minería y agricultura- y de transformación -industria-. Por esta razón, dado que la economía digital penetra en el sector comercio y de servicios, estimo que la misma no va a tener un gran impacto cuantitativo en los sectores formales peruanos, sino quizá lo tendrá sólo en el pequeño sector formal que constituye el comercio y los servicios².

Respecto del segundo efecto, la formalización de los trabajadores puede ser un factor positivo para el mercado de trabajo. A diferencia de Europa, las plataformas digitales pueden tener un efecto formalizador en las economías Latinoamericanas. El servicio de taxis en Perú lo puede realizar libremente cualquier persona que tenga un vehículo. Por ejemplo, el caso de Uber permitirá tener un trabajo formal, permanente y con ingresos fijos (ventajas que antes no tenía el taxista informal). Esto no sucede en Argentina, Colombia, Chile ni Uruguay, donde sí hay licencias para realizar estos servicios.

En consecuencia, si bien no se descarta que el trabajo de plataformas digitales destruya puestos de trabajo formales, también es verdad que puede coadyuvar a la formalización del mercado de trabajo en algunas economías latinoamericanas. Lo cual debe entenderse como una oportunidad de formalización, pero esta oportunidad exige una formalización con derechos y lejos de la precariedad.

3. La regulación laboral en el tiempo de trabajo. Jornada, horario y desconexión digital

Uno de los principales problemas en Uber o en “plataformas de reparto” está en la organización del tiempo de trabajo. El problema central que aún no aborda el derecho es: ¿quién o qué organiza el tiempo en este tipo de empresas? Teóricamente, hay hasta tres opciones que requieren de reflexión. En primer

² El sector servicios es menos desarrollado en los países latinoamericanos. Las actividades primarias absorben el 25% de la PEA (pesca, minería y agricultura). La actividad manufacturera y de construcción absorben 15% PEA. El 25% de la PEA, que es formal, está básicamente en estas categorías.

lugar, hay quienes dicen que el requerimiento de trabajadores depende del requerimiento de los clientes. Es decir, la economía digital tendría una naturaleza especial donde el requerimiento de trabajo siempre será incierto, configurando microempleos (encargos) que se pueden asignar a distintas personas³. En segundo lugar, otros sostienen que al margen del volumen de trabajo, quien organiza el tiempo es un algoritmo que tiene por finalidad organizar los turnos y asignar los encargos entre los trabajadores. El algoritmo vendría a ser un programa de inteligencia artificial que sería absolutamente objetivo y no tendría nada que ver con la voluntad del empleador. En tercer lugar, otros dirán que el algoritmo es solo un mecanismo, pero que las pautas y criterios de programación son generados por el propio empleador. El empleador, trata de enmascararse tras la objetividad del algoritmo, pero en realidad es él quien ejerce el poder de dirección⁴. Sin descontar la posibilidad de el propio empleador altere las pautas de organización del algoritmo.

Entonces, esta determinación no es baladí. Los turnos y los encargos ¿los asigna la naturaleza especial que tiene este tipo de labor basada en el volumen de demanda de los clientes? ¿O lo hace el algoritmo? ¿O lo hace el empleador con su poder de dirección?

De la decisión que tome el derecho, dependerá la mecánica de protección de derechos fundamentales para los prestadores de servicio. De entrada, diré que las actividades que desarrollan las plataformas digitales son por definición servicios permanentes. Y, por tanto, el volumen de demanda de los clientes no tiene mayor relevancia. Por ejemplo, un empresario que instala un restaurante

³ La llamada Economía 4.0 se construye sobre la base de una actividad de servicios flexible, especialmente porque se articula como un trabajo a demanda, con uso de nuevas tecnologías y de implicancia colectiva. Es precisamente en este tipo de trabajo donde actúan las plataformas digitales. En este sentido, se puede revisar la descripción económica de este nuevo paradigma empresarial en el interesante trabajo: VAQUERO GARCÍA, Alberto, “¿Es compatible el desarrollo de la economía digital con el cumplimiento de los derechos fundamentales de los trabajadores?”, Revista Temas Laborales, Sevilla, Número 157, 2021, pp. 27-40.

⁴ Una de las características que asumen las decisiones a través de algoritmos es el de su invisibilidad. Tras la pretendida objetividad y neutralidad de la automatización en la toma de decisiones, se esconde la idea de que en el algoritmo hay una ausencia de responsabilidad humana. Este análisis tiene una gran trascendencia para el estudio de la discriminación. Sobre el particular, Vid. SAEZ LARA, Carmen, “El algoritmo como protagonista de la relación laboral. Un análisis desde la perspectiva de la prohibición de la discriminación”, en Revista Temas Laborales, Sevilla, Número 155, 2020, p. 45.

puede tener muchos o pocos clientes, pero es él quien asume el riesgo. Si quiere contratar sólo a cocineros o mozos, por cada plato que le piden, estaría transfiriendo el riesgo del negocio al trabajador. El principio básico del derecho del trabajo es que se contrata la puesta a disposición del trabajador y no el cumplimiento de un resultado⁵. Por eso, no sería admisible la primera opción. El volumen de la demanda no puede organizar el tiempo de servicio de los trabajadores. Es decir, la plataforma deberá contratar, como siempre se ha hecho, al trabajador por jornadas o turnos, con el fin de hacerles encargos dentro de esos tiempos.

Más complejo me parece el debate de si el algoritmo es un hecho de la naturaleza, cuyo manejo está desprovisto de toda voluntad humana, o es sólo un mecanismo de organización dirigido desde el poder de dirección del empleador. Entiendo que cuando un algoritmo organiza los turnos y asigna encargos de modo aleatorio, tiene que ser previamente programado por alguien. Los criterios para el supuesto reparto aleatorio de trabajo, se rige por pautas predeterminadas por seres humanos y donde la voluntad del empleador será clave. Si se programa el algoritmo para que las personas sancionadas tengan menos opciones de recibir encargos que las personas no sancionadas, ya el empleador está determinando sesgos en la asignación de trabajo aunque utilice como medio el algoritmo. Lo que trato de decir es que el algoritmo no es objetivo, imparcial y desprovisto de toda voluntad humana, por el contrario, está sometido a la voluntad y al poder de dirección del empleador.

La normativa laboral en Perú, cuando regula el tiempo de trabajo, no ha pensado en un trabajo con las características propias que tienen las plataformas digitales. Tampoco se ha planteado la reflexión de quién o qué ejerce la organización del tiempo. El “misterio” del algoritmo todavía no ha sido descifrado desde el Derecho, por lo que la organización del tiempo de trabajo (turnos y

⁵ Admitir que la demanda de los clientes gobierne la contratación de los trabajadores, generaría situaciones tan absurdas como trabajadores contratados con jornada de 0 horas. Y que sólo esperan una llamada para salir a trabajar. Todo el riesgo pasaría a ser asumido por el trabajador. Esto sería lamentable para el derecho laboral, porque este mal precedente se extendería a otros sectores. Por ejemplo, en cines u hoteles sólo contraría personal cuando tengo clientes. Sería el comienzo del fin del derecho del trabajo.

encargos) en las plataformas a veces parece ser fruto del azar y otras de la voluntad deliberada del empleador.

Como decía al inicio de este comentario, la aplicación de las normas sobre jornada y horario vigentes en Perú están pensadas para otro contexto. Por ello, se requiere normas específicas que corrijan los efectos perniciosos de la normativa laboral general.

Pongamos unos ejemplos.

A. No existe jornada mínima.

La plataforma digital no está obligada a reconocer un número mínimo de horas. Es más, suele tener un gobierno absoluto sobre el número de horas que puede tener un trabajador, aunque usualmente se escude tras la imparcialidad del “algoritmo”. Esto puede ser peligroso en Perú, porque si el trabajador tiene una jornada inferior a 4 horas será contratado mediante el llamado contrato a tiempo parcial. Este contrato no ofrece al trabajador vacaciones anuales, ni protección contra un despido arbitrario y cobra la mitad de la Remuneración Mínima Vital (RMV).

Me parece que esto merece un análisis más detallado, pues sería muy fácil que una plataforma organice el tiempo de trabajo de modo aleatorio y haga encajar a algunos de sus trabajadores en este tipo de contratos precarios.

En Perú, el régimen especial de estibadores de puertos establece la obligatoriedad de contar con una sola lista de trabajadores que es cerrada, aunque permite elegir aleatoriamente a los trabajadores para cada labor. Sin embargo, esta aleatoriedad tiene un límite: un número fijo de turnos al mes. O quizá se puede pensar en una lista que funcione con orden correlativo.

De este modo, así la legislación peruana los reconozca como trabajadores, el riesgo de crear una categoría de trabajadores con contratos precarios es muy alto. Por eso, es importante que la legislación peruana impida un reparto del trabajo con cargas diferentes a los trabajadores sin justificación objetiva alguna, evitando así un comportamiento discriminatorio desde el algoritmo.

B. Problema para computar el record vacacional.

Respecto de los descansos remunerados anuales, la legislación peruana señala que debe cumplirse 1 año de trabajo y un número X de días efectivamente trabajados. Si el algoritmo de la plataforma decide que un trabajador sólo va a tener dos días de trabajo a la semana, ello puede generar supuestos de abusos. Podría perder en los hechos sus vacaciones, por no cumplir con el record de días de trabajo efectivo.

Igual que en el caso anterior, habría que poner énfasis en la objetividad del reparto del algoritmo, porque sería muy fácil que se queden varios trabajadores de la plataforma sin vacaciones al año.

4. No se respetaría la jornada máxima constitucional: ¿trabajadores intermitentes?

A pesar de ser labores permanentes, las prestaciones en plataformas son intermitentes. Piénsese, en el conductor de Uber o en el trabajador de reparto de globo, que puede ser contactado dentro de su turno para hacerle encargos. A los tiempos de trabajo (pedidos de los clientes) le siguen tiempos de inactividad (disposición para recibir encargos por la plataforma). Esta característica de labores intermitentes tiene un impacto sobre la calificación jurídica del derecho laboral peruano, pues excluye a los trabajadores de plataformas de la jornada máxima. Es decir, podrían trabajar más de 8 horas diarias y 48 horas semanales.

La Ley peruana excluye de la jornada máxima a los trabajadores que prestan servicios intermitentes de espera, vigilancia o custodia (artículo 5 de la Ley de Jornada, horario y trabajo en sobretiempo). El Convenio 1 de la OIT, artículo 6, permite la exclusión por disposición legal de cada país. A estos trabajadores se les excluye de los topes máximos en su jornada de trabajo, porque prestan servicios efectivos de manera alternada con lapsos de inactividad. Es el caso de guardianes de edificios, porteros, cuidado de personas mayores, etc. Se agrega al grupo a los choferes, que tendrían relevancia en el caso de UBER o de las plataformas de reparto.

El I Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral aplica la exclusión de la jornada máxima a vigilantes y choferes que alternan servicios efectivos con

lapsos de inactividad. Por el contrario, los vigilantes y choferes que se encuentran en un constante y continuado “estado de alerta y atención permanente”, estarían sujetos a la jornada máxima constitucional. Por ejemplo, un vigilante de banco sí tendría jornada máxima, mientras un vigilante de edificio residencial no tendría jornada máxima⁶. O por ejemplo, un chofer de autobús interprovincial no tendría jornada máxima, puesto que sus labores son alternadas con su descanso cada 4 horas⁷, pero un chofer de ambulancia de un hospital sí la tendría en la medida que se encuentra en un estado de alerta permanente.

Me parece que el problema no pasa por determinar caso por caso si la actividad del trabajador requiere una constante alerta en función de la naturaleza de la entidad a la que prestan sus servicios. Pues, esta situación siempre será discutible. Por eso, creo que la distinción pasa por la posibilidad del trabajador de disponer de su tiempo en el trabajo. Si en el cumplimiento de sus labores no puede disponer del tiempo, aunque alterne servicios efectivos con lapsos de inactividad, su jornada debería tener un tope máximo. Por ejemplo, un vigilante de edificio durante su jornada no puede hacer otras labores ni disponer de su tiempo, por ello debería tener una jornada máxima. Asimismo, un trabajador de una plataforma de reparto también está a la espera de una llamada, normalmente desde un lugar impuesto por el empleador.

El efecto principal de la exclusión de la jornada máxima es que el trabajador no puede realizar horas extras. Eso no significa que todas las horas de su trabajo deban ser pagadas, sin embargo, el pago no se hará con el plus de la hora extra. Asimismo, lo que llama la atención es que el legislador deja en una desprotección absoluta a estos trabajadores al no establecer ningún tope máximo adicional. ¿Cuántas horas puede trabajar un trabajador intermitente? ¿10, 12, 14...? La ley peruana no señala tope alguno. Aquí, es preciso que la legislación laboral peruana establezca una jornada máxima a los trabajadores de plataformas digitales. Si en algún momento se les declara trabajadores en el

⁶ Sobre la exclusión de la jornada máxima a los vigilantes de edificio e improcedencia del pago de horas extras, Casación 3804-2010-DEL SANTA.

⁷ Los conductores de vehículos de transporte público que presten servicios intermitentes no están comprendidos en la jornada máxima de trabajo, por lo que no les corresponde el abono de horas extras, Casación 16329-2015-LIMA.

Perú, los turnos deben tener un tope equivalente a 8 horas diarias y 48 horas semanales, porque se trata de una jornada en el que los trabajadores de plataforma no pueden disponer de su tiempo.

5. Desconexión digital

El derecho a la desconexión digital supone el derecho del trabajador a no responder correos ni mensajes ni comunicación a su empleador. Este es un derecho que legalmente se ha reconocido en el trabajo remoto o en el teletrabajo. Sin embargo, el trabajador de plataforma no es un teletrabajador, pues aunque se comunique a través de TICs no desarrolla una labor inmaterial. Al contrario, desarrolla una labor física y utiliza el teléfono como vía complementaria de comunicación.

Ahora bien, la desconexión digital no es un derecho de origen legal, sino hunde sus raíces en el texto constitucional. El derecho a una jornada máxima es el fundamento del derecho a desconectarse durante el tiempo restante del día. Sin embargo, esto se puede entender en el caso de horarios fijos y determinados. Pero, en los casos donde no existe jornada máxima (caso de vigilantes o de trabajadores de plataformas), porque la labor es intermitente o se sujeta a resultados, el límite de las horas de desconexión es más difusa.

Por eso, más allá de una simple referencia legal a un número de horas reservadas al descanso del trabajador, que nadie puede interrumpir, considero central que el contrato establezca ese periodo de tiempo con hora de inicio y hora de fin. Esta será una verdadera garantía para el derecho de desconexión digital. Todo ello acompañado, por supuesto, de las sanciones administrativas que corresponda imponer al empleador frente a cualquier incumplimiento. Recuérdese, la desconexión digital no es sólo un derecho que puede ejercer el trabajador, sino sobre todo una obligación a cumplir por parte del empleador⁸.

6. La remuneración en el trabajo de plataformas

⁸ En el mismo sentido, MOLINA NAVARRETE, Cristobal, “*Jornada Laboral y tecnologías de la info-comunicación: “desconexión digital”, garantía del derecho al descanso*”, Revista Temas Laborales, Sevilla, Número 138, 2017, p. 270 y ss.

Dado que la legislación peruana deja amplia libertad al empleador para elegir el sistema de cálculo de la remuneración, la cuantía puede determinarse o bien por tiempo de disposición o bien por resultados u objetivos.

Para el caso de los trabajadores de plataformas es muy probable que utilicen la remuneración por resultados⁹. Por eso, es muy importante que desde la firma del contrato se especifique claramente el resultado y su precio. También deberá identificarse la modalidad de cumplimiento de metas. Por tanto, debe exigirse que el contrato, sea indefinido o temporal, se formalice por escrito.

A pesar de que la cuantía de la remuneración sea fijada por resultados, el riesgo siempre debe asumirlo el empleador. Al estar regulados por la legislación laboral, deberían tener como base el ingreso mínimo vital (RMV) al margen de si se cumplen o no los resultados.

Sin embargo, también debería regularse que los complementos salariales se basen en razones objetivas, para evitar abusos¹⁰. Los complementos asignados sólo en base a los turnos adicionales que decide el algoritmo deben ser prohibidos. Aquí hay un problema de discrecionalidad de la plataforma que bien puede servir tanto para beneficiar a un trabajador como para perjudicarlo. También deberían prohibirse complementos relacionados con calificaciones o apreciaciones de los clientes. En estos tipos de complementos no hay bases constatables o empíricas (como puntualidad o productividad), sino son subjetivas.

En consecuencia, no es suficiente que la persona que presta servicios para la plataforma tenga la calificación de trabajador y se regule por el derecho del trabajo. Sino, por lo demás, deben regularse muchos aspectos no regulados en la legislación laboral general.

⁹ Así, da cuenta de este fenómeno: CRUZ VILLALON, Jesús, *“Las transformaciones de las relaciones laborales ante la digitalización de la economía digital”*, Revista Temas Laborales, Sevilla, Número 138, 2017, pp. 13-47. Refiriéndose al sistema remunerativo dice: “no cabe duda que en ciertas formas de digitalización del trabajo, este se inserta como una manifestación más del trabajo a resultados, donde para la empresa resulta irrelevante el tiempo de trabajo y, por mucho que tenga enormes facilidades en controlar y computar la jornada de trabajo, no le interesa en absoluto hacerlo...” (p. 30).

¹⁰ ARCE ORTÍZ, Elmer, *Derecho Individual del Trabajo en el Perú, desafíos y deficiencias*, Lima, tercera edición, 2021, pp. 352-353.

7. La necesidad de una nueva regulación. Sea en lo laboral como en lo autónomo.

Las particularidades de la prestación de servicio en las plataformas digitales, merecen una atención especial de cara a su regulación. Si la opción legislativa es calificarlo como relación jurídica de autónomos, en Perú habrá que inventar una nueva legislación que proteja al menos los derechos constitucionales del prestador de servicios (por ejemplo, protección del trabajo infantil, acceso a seguridad social, protección de seguridad y salud, acceso a libertad sindical, etc). Esto no será fácil, porque el riesgo puede ser que nunca llegue esa supuesta normativa y la relación jurídica de autónomos se mantenga desregulada como lo es ahora mismo.

Ahora bien, si la opción legislativa es calificarlo como trabajador subordinado, entonces el derecho del trabajo peruano tendrá dos asignaturas pendientes: 1) Regular los vacíos normativos de la legislación laboral general con respecto al trabajo en plataformas digitales y 2) Evitar que los mecanismos discrecionales de la plataforma digital (a través del algoritmo), tanto en la organización del tiempo como en la cuantificación de la remuneración, empujen las relaciones de trabajo hacia normas precarias del sistema de protección.

Bibliografía

- ARCE ORTÍZ, E. (2021). *Derecho Individual del Trabajo en el Perú, desafíos y deficiencias*, Lima, tercera edición.
- CRUZ VILLALON, J. (2017). *“Las transformaciones de las relaciones laborales ante la digitalización de la economía digital”*, Revista Temas Laborales, Sevilla, Número 138.
- MOLINA NAVARRETE, C. (2017). *“Jornada Laboral y tecnologías de la información: “desconexión digital”, garantía del derecho al descanso”*, Revista Temas Laborales 2021s, Sevilla, Número 138.
- SAEZ LARA, C. (2020). *“El algoritmo como protagonista de la relación laboral. Un análisis desde la perspectiva de la prohibición de la discriminación”*, en Revista Temas Laborales, Sevilla, Número 155.
- VAQUERO GARCÍA, A. (2021). *“¿Es compatible el desarrollo de la economía digital con el cumplimiento de los derechos fundamentales de los trabajadores?”*, Revista Temas Laborales, Sevilla, Número 157.

www.revistajuridicadeltrabajo.com

