

ISSN 2697-3170

RJT

REVISTA JURÍDICA DEL TRABAJO

DIRECTOR

JORGE ROSENBAUM

COORDINADOR

FEDERICO ROSENBAUM

Vol. 3

No. 8

Mayo-Agosto
2022

Setiembre de 2022.

Copyright © Equipo editorial RJT

Rincón 477/803, C.P. 11.000

Montevideo, Uruguay.

Teléfono: (+598) 29161523

contacto@revistajuridicadeltrabajo.com / www.revistajuridicadeltrabajo.com

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

Esta obra está bajo una licencia internacional Creative Commons Atribución 4.0.



RESPONSABLES EDITORIALES

EQUIPO EDITORIAL

Director: Jorge Rosenbaum (Universidad de la República, Uruguay)

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

COMITÉ CIENTÍFICO

César Arese (Universidad Nacional de Córdoba, Argentina)

Héctor García (Universidad de Buenos Aires, Argentina)

Nelson Mannrich (Universidade de São Paulo, Brasil)

Rodrigo Palomo (Universidad de Talca, Chile)

Francisco Tapia (Pontificia Universidad Católica de Chile, Chile)

José Herrera (Universidad del Rosario, Colombia)

Ignasi Beltrán (Universitat Oberta de Catalunya, España)

José Antonio Fernández Avilés (Universidad de Granada, España)

Carlos Palomeque (Universidad de Salamanca, España)

Eduardo Rojo (Universidad Autónoma de Barcelona, España)

Wilfredo Sanguineti (Universidad de Salamanca, España)

Stefano Bellomo (Sapienza Università di Roma, Italia)

Patricia Kurkzyn (Universidad Nacional Autónoma de México, México)

Alfredo Villavicencio (Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú)

Alejandro Castello (Universidad de la República, Uruguay)

César Augusto Carballo (Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela)

Oscar Hernández (Universidad Centro Occidental Lisandro Alvarado, Venezuela)

COMITÉ DE EVALUACIÓN

Miguel Ángel Maza (Universidad de Buenos Aires, Argentina)

Ricardo Seco (Universidad Blas Pascal, Argentina)

Carlos Ernesto Molina (Pontificia Universidad Javeriana, Colombia)

José Antonio Baz (Universidad de Salamanca, España)

Rosa Morato (Universidad de Salamanca, España)

Héctor Jaime (Universidad Católica del Táchira, Venezuela)

MIEMBROS CORRESPONDIENTES DE EDICIÓN

Fábio Tulio Barroso (Universidade Católica de Pernambuco, Brasil)

Nicolás Márquez (Universidad Católica del Norte, Chile)

Francisco Ruay (Universidad de Chile, Chile)

Luis Triguero (Universidad de Granada, España)

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

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

Iván Mirabal (Universidad Fermín Toro, Venezuela)

ÍNDICE

EDITORIAL:iii

Juan Manuel Gómez: Disputas de encuadramiento y los conflictos intersindicales. El papel de la empresa y del sindicato que “resiste”. La reticencia de los tribunales a brindar una solución anticipada frente a perjuicios ciertos e inminentes1

César Arese: Impactos de la incorporación de la seguridad y la salud a la declaración de principios y derechos fundamentales de OIT22

Bernavé Andara Peña: Comparación normativa en materia de seguridad y salud en el trabajo en marcos jurídicos laborales de Argentina, España y Venezuela45

Yaneth Vargas Sandoval: En el mundo del trabajo: no es lo mismo una mujer trabajando que un hombre trabajando78

Luiz Carlos Amorim Robortella: El nuevo derecho del mercado laboral. Alianzas creativas entre Estado, sindicato y empresa para combatir la exclusión social102

Pamela A. Izvănariu; Federico Rosenbaum Carli: Plataformas digitales y el derecho del trabajo: un análisis comparativo y una guía para el futuro118

DEBATE:

Federico Rosenbaum Carli: La violencia y el acoso en el mundo del trabajo luego de la entrada en vigencia del Convenio 190 de la OIT176

Cristina Mangarelli: El Convenio núm. 190 sobre violencia y acoso y su importancia a nivel mundial**179**

EDITORIAL

La publicación del Número 8 del Volumen 3 de la Revista Jurídica del Trabajo que corresponde al periodo mayo - agosto de 2022, representa un nuevo jalón alcanzado por el equipo que nos acompaña y alienta a promover el conocimiento en el ámbito del Derecho laboral.

Las aportaciones de los autores que son recogidas en esta oportunidad, nos permiten presentar un amplísimo abanico temático que, a nuestro entender, constituye el reflejo concreto de muchas de las cuestiones que son objeto de discusión y generan dilemas para la comunidad académica, docente, investigativa, jurisprudencial y de administración y contralor que procura avanzar ante los desafíos presentes y futuros del mundo del trabajo. Retos realmente vertiginosos y profundamente transformadores que sacuden los mercados laborales y repercuten en la vida cotidiana de las personas y las sociedades como quizás pocas veces haya ocurrido en el pasado.

Un rápido intento descriptivo da cuenta de esa variedad de abordajes abarcados por los trabajos presentados.

Un primer análisis toma como eje las disputas de encuadramiento y los conflictos intersindicales que operan circunstancialmente en zona de las relaciones colectivas del trabajo, con relación al cual el autor, Juan Manuel Gómez, plantea -entre otros tópicos- el déficit de la jurisprudencia argentina para proporcionar soluciones anticipatorias que eviten riesgos inminentes.

A continuación, se presenta un estudio analítico y conceptual a cargo del Prof. César Arese, tratando el impacto que provoca la incorporación de la seguridad y la salud a la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales de OIT. Punto éste de reciente tratamiento y resolución en el ámbito de la Conferencia General desarrollada en el presente año por aquella organización internacional y cuya actualidad lo convierte en un ineludible centro de interés que debe ser estudiado con atención, no sólo por los especialistas, sino por los Estados y los actores sociales.

Por su parte, Bernavé Andrada Peña aporta una comparación normativa en materia de seguridad y salud en el trabajo en los casos de Argentina, España

y Venezuela y señalando, en lo básico, cómo -frente al carácter fundamental del derecho a la vida y a la salud de trabajador- cada ordenamiento parece subsumirse a variados factores políticos, económicos, sociales y culturales a la hora de su regulación.

Seguidamente y bajo el sugestivo epígrafe de que no es lo mismo una mujer trabajando que un hombre trabajando, la Prof. Yaneth Vargas Sandóval aporta una visión brillante y realista sobre las vicisitudes del rol femenino en el mundo del trabajo. No sólo porque los efectos más perniciosos de la pandemia han golpeado universalmente y en forma mayoritaria, la empleabilidad y los ingresos de la mujer que trabaja, sino por las asechanzas permanente de segregación que la autora ubica en torno a dos niveles. Uno, de carácter horizontal, representado con la gráfica expresión de los “pisos pegajosos” - actividades consideradas “femeninas”- y el otro, vertical, propio de los “techos de cristal” que impiden el ascenso en la carrera laboral de la mujer a puestos de dirección. Una interesante visión, pero a la vez plena de desafíos capaces de hacernos pensar si, como sociedades que procuran progresar, seguiremos simplemente apegados a discursos enunciativos, o ya es hora de adoptar políticas y medidas concretas de contenido sustantivo, que generen auténticas realidades transformadoras respecto de la mujer en el mercado de trabajo.

Por su parte, el Prof. Luiz Carlos Robortella encuadra sus reflexiones sobre el nuevo derecho del mercado laboral en el contexto de la realidad del trabajo de cara a la era de grandes transformaciones tecnológicas y digitales que está transcurriendo en el mundo. De lo cual son representativos muchos fenómenos disruptivos, como el desarrollo de las plataformas, o los cambios de paradigmas clásicos de prestación de actividad laboral, lo que se visualiza con el teletrabajo -entre tantos otros ejemplos que son referidos en su artículo-. Reflexionando sobre las nuevas realidades, se plantea la necesidad de generar mecanismos jurídicos laborales que protejan, por un lado, a los excluidos y, por el otro, se atiendan los ciclos variables de la vida productiva del trabajo formal. Todo ello, bajo la enérgica afirmación que formula el autor en cuanto a que el derecho no debe basarse en la ética de los resultados, sino principalmente en la ética de los valores. Sus propuestas se dirigen hacia el encuentro de puntos de

acercamiento entre los Estados, sindicatos y empresas como alternativa para viabilizar salidas inclusivas que permitan el progreso social y económico de las sociedades.

Se agrega un estudio sobre plataformas digitales y Derecho del Trabajo desde la óptica de un análisis comparativo, acompañado de una guía de acción hacia el futuro, propuesta que en forma conjunta es aportada por sus autores, los Profs. Pamela Izvănariu y Federico Rosenbaum Carli. El artículo repasa los más recientes desarrollos legales sobre las modalidades de prestar trabajo basadas en plataformas, tanto en algunos países de la Unión Europea -España, Francia, Italia-, en los Estados Unidos, en el Reino Unido y en América del Sur -Uruguay y Chile-. Principalmente apunta a aquellos problemas que se mantienen irresueltos, cumpliendo así el objetivo de la comunidad académica de LatCrit - que persigue el objetivo de expandir, conectar y comparar críticamente las luchas y los regímenes anti-subordinación-, examinando diversos enfoques que los tribunales y las legislaturas han adoptado para abordar estas cuestiones legales frente a los reclamos de los trabajadores. Partiendo entonces de la teoría y la praxis de aquella comunidad, la guía de temas y alternativas que son propuestas, procuran orientar el trabajo de los tribunales y de los legisladores, así como también de los académicos y profesionales, para la construcción de regímenes normativos para regular el trabajo basado en plataformas.

Por último, la sección **Debate** que habitualmente acompaña la edición de cada número de la Revista, se centra en esta ocasión en un enjundioso estudio sobre el contenido del Convenio Internacional N° 190 de la OIT sobre la violencia y el acoso. Precedido de un Prólogo introductorio del Prof. Federico Rosenbaum Carli, el artículo a cargo de la Prof. Cristina Mangarelli proyecta la importancia mundial de la norma aprobada en la Conferencia General del año 2019. Sobre la base del amplio alcance que la misma introduce -incluso más allá del trabajo subordinado-, la autora examina los compromisos que adquieren los Estados que ratifican el Convenio, el concepto de ambos institutos y sus características, el haz de responsabilidades empresariales y las medidas de prevención que deben adoptarse, lo que se acompaña de sus reflexiones conclusivas.

Esperamos que los contenidos propuestos satisfagan las inquietudes de nuestros lectores y si con ello se logra abrir espacios para el consenso e, incluso, posibles disensos, componentes centrales de la convivencia democrática y plural, estaremos cumpliendo los objetivos que persigue esta publicación.

Jorge Rosenbaum Rimolo

Director

**DISPUTAS DE ENCUADRAMIENTO Y LOS CONFLICTOS
INTERSINDICALES. EL PAPEL DE LA EMPRESA Y DEL
SINDICATO QUE “RESISTE”. LA RETICENCIA DE LOS
TRIBUNALES A BRINDAR UNA SOLUCIÓN ANTICIPADA
FRENTE A PERJUICIOS CIERTOS E INMINENTES**

**FRAMING DISPUTES AND INTER-UNION CONFLICTS. THE
ROLE OF THE COMPANY AND THE UNION THAT "RESISTS".
THE RELUCTANCE OF THE COURTS TO PROVIDE AN EARLY
SOLUTION TO CERTAIN AND IMMINENT DAMAGES**

Juan Manuel GÓMEZ

Abogado, Universidad Nacional del Sur, Argentina.

juanmgomezabogado@gmail.com

Fecha de envío: 24/03/2022

Fecha de aceptación: 15/07/2022

**DISPUTAS DE ENCUADRAMIENTO Y LOS CONFLICTOS
INTERSINDICALES. EL PAPEL DE LA EMPRESA Y DEL SINDICATO QUE
“RESISTE”. LA RETICENCIA DE LOS TRIBUNALES A BRINDAR UNA
SOLUCIÓN ANTICIPADA FRENTE A PERJUICIOS CIERTOS E
INMINENTES**

Juan Manuel GÓMEZ

Universidad Nacional del Sur (Argentina)

Resumen: Presentada una hipótesis de conflicto de encuadramiento sindical en el seno de una empresa, los actores involucrados pueden asumir diversas actitudes direccionadas a satisfacer sus propios intereses, las que no siempre coinciden con lo exigido por la normativa laboral. Tal es así que, pese al procedimiento indicado por el artículo 59 de la ley 23.551, en no pocas ocasiones el sindicato que pretende arrogarse la representatividad de todos o un grupo de trabajadores, omite seguir este camino denominado vía asociacional, recurriendo a emplazamientos extrajudiciales seguidos de adopción de medidas de fuerza. Por su parte, las empresas poseen la facultad -no la obligación- de acudir al procedimiento reglado por el artículo 3 del Decreto 1040/2001 para intentar dar solución al conflicto, aunque frente al accionar intempestivo de la asociación sindical embistente sus esfuerzos parecerían inocuos, consumándose el accionar del gremio en un breve período de tiempo.

Se trata de situaciones que, ante el letargo administrativo para dirimirse la vía asociacional, cuyo procedimiento finaliza en sede judicial luego de una eventual apelación de la parte perdedora por ante la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo (art. 62, ley cit.), pueden provocar daños que de muy dificultosa reparación una vez que se obtenga una decisión definitiva, que suelen arribar con el conflicto ya instalado y con perjuicios consumados. Sin embargo, tenemos la firme convicción que la justicia posee los medios para dar respuesta rápida, expedita y efectiva ante el probable acaecimiento de un perjuicio, ponderando

previamente la existencia de un ilegítimo accionar de uno de las asociaciones sindicales, al omitir deliberadamente seguir los pasos administrativos para obtener un encuadramiento sindical.

Palabras clave: Encuadramiento sindical - Conflictos intersindicales - Perjuicios en la empresa - Actuación de la justicia

Sumario: 1. Introducción. 2. Encuadramiento sindical y convencional. Definiciones y breves diferencias. 3. Alternativas prácticas ante el planteamiento del conflicto. 4. El rol de la empresa involucrada y del sindicato que resiste. 5. La escasa actuación de la justicia ante conflictos intersindicales. Su inentendible resistencia. El riesgo del perjuicio grave e inminente. 6. Conclusiones.

Abstract: Presented a hypothesis of trade union conflict within a company, the actors involved can assume various attitudes aimed at satisfying their own interests, which do not always coincide with what is required by labor regulations. So much so that, despite the procedure indicated by article 59 of Law 23,551, on many occasions the union that intends to assume the representativeness of all or a group of workers, fails to follow this path called the associational path, resorting to extrajudicial summons followed by of taking forceful measures. For their part, the companies have the power -not the obligation- to resort to the procedure regulated by article 3 of Decree 1040/2001 to try to resolve the conflict, although in the face of the inopportune actions of the oncoming trade union association, their efforts would seem innocuous, consuming the actions of the guild in a short period of time.

These are situations that, given the administrative lethargy to settle the associational route, whose procedure ends in court after an eventual appeal by the losing party before the National Chamber of Labor Appeals (art. 62, law cit.), They can cause damage that is very difficult to repair once a final decision is obtained, which usually arrive with the conflict already installed and with consummated damage. However, we are firmly convinced that justice has the means to provide a quick, expeditious and effective response to the probable

occurrence of damage, weighing previously the existence of an illegitimate action by one of the union associations, by deliberately omitting to follow the steps administrative procedures to obtain union membership.

Key words: Union framing - Inter-union conflicts - Damages in the company - Action of justice

Summary: 1. Introduction. 2. Trade union and conventional framework. Definitions and brief differences. 3. Practical alternatives to the approach of the conflict. 4. The role of the company involved and the union that resists. 5. The scant action of justice in inter-union conflicts. His incomprehensible resistance. The risk of serious and imminent harm. 6. Conclusions.

1. Introducción

Existen en la práctica diaria situaciones de conflictos en los que se encuentran involucradas, por un lado, dos asociaciones sindicales que se disputan entre sí la representación de un grupo de trabajadores; y por otro, la empresa a la que se le exige desde ambos extremos adecuar su conducta a ciertos parámetros, aplicando tal o cual convención colectiva de trabajo.

El empleador casi siempre resulta ajeno a dicha disputa intersindical y, salvo excepciones donde la errónea interpretación del encuadre sindical que influye directamente en la aplicación de un convenio colectivo -encuadre convencional- resulte burda y notoria, aquél sólo pretende evitarse un conflicto respecto del cual no tiene relación directa, e intentar salir lo más indemne posible.

No se nos escapa la posibilidad que posee el empresario de acudir a la vía prevista por el Decreto 1040/2001 en los supuestos que el artículo 3 establece¹, a fin de dar una solución al problema, mientras los sindicatos continúan dirimiendo el conflicto; sin embargo, sabido es el letargo que caracteriza a esta instancia administrativa, y que en estos supuestos la solución definitiva suele arribar con desmesurada demora cuando el perjuicio ya está consolidado, o bien la solución fue encontrada por vías alternativas.

El presente trabajo se orienta a evaluar el comportamiento que pueden asumir las asociaciones sindicales que poseen la representación de todos o un grupo de trabajadores en un determinado establecimiento, ante embestidas de un gremio que intenta -casi por la fuerza, o sólo mediando un emplazamiento extrajudicial- arrogarse una representación que *a priori* no posee, omitiendo iniciar el proceso administrativo tendiente a su eventual concesión. También se hará referencia a la actitud que las empresas, casi siempre ajenas al conflicto,

¹ “Artículo 3. Los empleadores podrán promover el procedimiento de encuadramiento sindical (...) en los siguientes supuestos:

- a) Cuando se produzcan en la empresa conflictos de representación sindical múltiple.
- b) Cuando los conflictos de representación sindical pudieran causar en la empresa una alteración de los regímenes salariales o de retenciones de aportes.
- c) Cuando acrediten que, a través del procedimiento de encuadramiento sindical, pueden corregirse eventuales asimetrías laborales de orden convencional”.

pueden adoptar; y por último, a la efectiva posibilidad de que, cautelarmente, la justicia laboral pueda impedir el acaecimiento de consecuencias gravosas ante la ocurrencia de situaciones como las descriptas.

2. Encuadramiento sindical y convencional. Definiciones y breves diferencias

Previo a abordar la temática expuesta, debe definirse y diferenciarse exiguamente a ambos términos, los que se encuentran íntimamente relacionados al punto tal que en no pocas ocasiones se confunden, y sus límites se difuman. La Ley 23.551 y su Decreto Reglamentario n° 467/88 no definen al encuadramiento sindical, aunque la doctrina se ha ocupado de brindar someramente un concepto que permite su diferenciación del encuadre convencional.

De tal forma, podemos decir que el Encuadramiento Sindical es el derecho que posee el sindicato, con personería gremial, a ejercer la representación de la categoría profesional correspondiente a ese ámbito de actividad y geográfico²; y que tiende a determinar, en cada caso concreto, en qué cuadro de representación gremial está incluido un sector de trabajador³. Este tipo de conflictos tienen como esencia dirimir el agrupamiento asociacional de representación de un grupo de un contingente de trabajadores⁴.

Por su parte, los conflictos de Encuadre Convencional versan sobre las normas autónomas aplicables a una actividad profesión o territorio determinado⁵. Es decir, acá lo que se discute es la aplicación de tal o cuál convención colectiva de trabajo, teniendo en consideración principalmente la actividad del empleador, sin dejar de cotejar las tareas desempeñadas por los trabajadores.

Ambos conceptos se encuentran íntimamente ligados, aunque no siempre la atribución de un encuadre sindical decante inevitablemente en la automática

² VAZQUEZ VIALARD, Antonio. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Tomo 2. Ed. Astrea. Año 2008. Pág. 49.

³ Ob. cit., pág. 50.

⁴ ARESE, Cesar. Derecho de la Negociación Colectiva. Ed Rubinzal - Culzoni. Año 2008. Pág. 423.

⁵ Ob. cit., pág 423.

aplicación de la convención colectiva de trabajo del gremio favorecido por la representación otorgada, pese a que en la mayoría de los casos ello suceda.

El reconocido doctrinario Luis Pablo Slavin, incansable estudioso de los conflictos de encuadramiento, tenía dicho que *“existe, sin duda, una indudable vinculación entre el encuadre sindical y el convencional, sin que por ello pueda deducirse que el resultado derive necesariamente en la determinación del otro”*⁶.

Incluso, líneas más abajo, citando al Dr. Vazquez Vialard, brinda una elocuente conclusión sobre el tema que se abordará, sosteniendo que la negociación de un convenio colectivo sin poseer el encuadre sindical no brinda al gremio su inmediata representación, cuya legitimidad será definitivamente válida al ser otorgado tal reconocimiento por la autoridad administrativa y su eventual confirmación en sede judicial. Así, refiere que *“...la circunstancia de que un sindicato, por una situación de facto en virtud de una ‘gestión de negocios’ u ‘operativo’ para ampliar de hecho su marco de representación, haya concertado un convenio que se refiere a trabajadores no incluidos dentro de su personería, aunque haya sido homologada y con prescindencia del encuadramiento convencional que corresponda, no es un elemento de juicio suficiente para determinar el contenido de su ‘cuadro sindical’, ya que éste no depende de su ‘actuación’, sino del acto administrativo que le ha reconocido la personería”*⁷.

3. Alternativas prácticas ante el planteamiento del conflicto

Presentada en los términos expresados la disputa intersindical, donde una asociación gremial exige, como dijimos, que se le atribuya en lo inmediato el encuadre sindical con el evidente ánimo de, inmediatamente, solicitar la aplicación del convenio colectivo de trabajo que le corresponde, pretendiendo detentar por decante el encuadramiento convencional -con los evidentes beneficios económicos en su favor-, en la práctica suele recurrirse a diferentes

⁶ SLAVIN, Luis Pablo. Conflictos de encuadramiento. Una patología del derecho laboral argentino. Ediciones Suárez. Año 2010. Pág 32.

⁷ VAZQUEZ VIALARD, Antonio. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Tomo 2. Ed. Astrea. Año 2008, en ob. cit., pág. 32.

vías que sin perjuicio de su inviabilidad jurídica, pueden allanar el camino y lograr que todas las partes finalicen el conflicto arribando a un acuerdo conciliatorio.

Así, cualquiera de los intervinientes puede presentarse ante la autoridad administrativa del trabajo (provincial o nacional), solicitando la fijación de una audiencia citando a todos los involucrados -gremios y empresa-, forzando de esta manera un diálogo ante un conciliador, en el cual suelen aparecer soluciones alternativas e involucrarse cuestiones relacionadas con la admisión parcial de la representación sindical, ya sea de un sector de la empresa, o de cierto grupo de trabajadores avocados a determinadas tareas o puestos. También resulta habitual la concertación un “traspaso” -total o parcial- de trabajadores hacia el ámbito de un determinado sindicato, con el total avenimiento de la otra entidad gremial y la parte empleadora, negociando la condonación de deuda de aportes sindicales por el período de prescripción, resultando la solución más frecuente cuando el conflicto de encuadramiento -sindical y por ende convencional- resulta notorio, ante la evidente aplicación errónea de un convenio colectivo de trabajo.

Con anterioridad a la derogación del Decreto 105/2000, ante la presentación de este tipo de conflictos, las entidades sindicales concurrían al Ministerio de Trabajo amparados por la norma citada⁸ (que sólo se componía de dos artículos, donde uno era de forma), planteando cuestiones de encuadramiento convencional. Es decir, si bien el Decreto no hacía referencia a los diferendos de encuadre sindical, los gremios planteaban colectivamente el conflicto de aplicación convencional -y lo siguen haciendo-, dado que la norma les permitía expresamente acudir a la autoridad administrativa laboral invocando la existencia de una errónea aplicación de una convención colectiva, y requiriendo se aplique el convenio colectivo correcto.

Luego de la abrogación del citado decreto mediante la Ley 25.877 en el año 2004⁹, la conflictividad de este tipo de supuestos se fue agravando, y las

⁸ “Decreto 105/200. Artículo 1. Facúltase al Ministerio de Trabajo, Empleo y Formación de Recursos Humanos para que resuelva en sede administrativa las cuestiones de encuadramiento convencional sin perjuicio del control judicial pertinente”.

⁹ El decreto 105/2000 fue derogado por el artículo 41 de la Ley 25.877, publicada en el Boletín Oficial el 19/03/2004.

partes acudiendo a soluciones alternativas como la expuesta, aunque no siempre con buenos resultados. Es decir, los sindicatos siguieron recurriendo al ámbito administrativo laboral introduciendo este tipo de diferendos, aunque en menor medida, toda vez que ya no resulta competencia de la cartera laboral, quien no está obligada -ni puede- emitir un pronunciamiento con alcances generales que afecte la vigencia del convenio colectivo de trabajo. En suma, el pedido de audiencia suele tener como finalidad arribar a una solución pacífica e intermedia que, efectuadas las habituales concesiones, contente a todas las partes.

Sin embargo, en lo que parecería una solución ecléctica, suele requerirse que actúe el servicio de inspección laboral, a fin de detectar anomalías en la aplicación de una convención colectiva, forzando su modificación o adecuación al caso particular -sin alcances nacionales- mediante la solicitud de inspecciones y la posterior aplicación de sanciones, en el supuesto de que existan irregularidades. Otra de las maneras de dilucidar definitivamente un conflicto de encuadre es acudir a la justicia, conforme veremos más adelante.

No se nos escapa, se reitera, el procedimiento que debe seguirse para solicitar un encuadramiento sindical, recurriendo a la organización gremial de grado superior a la que ambos gremios se encuentren adheridos (por lo general, la Confederación General del Trabajo -CGT-); y luego si no se arribó a una solución dentro del plazo de 60 (sesenta) días hábiles, o bien si durante dicho término impera el silencio, recién ahí podrá someterse la cuestión ante el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación. Allí, la autoridad administrativa tendrá un plazo idéntico de 60 (sesenta) días hábiles para expedirse, vencido el cual quedará expedita la vía judicial, resultando competente la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (artículo 62, Ley 23.551).

En otro orden, cabe decir que la vía judicial se presenta como una opción apetecible luego de la extinción del vínculo laboral, sea por la causa que fuese. Cuesta encontrar el inicio de juicios ante los tribunales laborales, encontrándose vigente la relación laboral. Los casos que se plantean suelen estar vinculados con un litisconsorcio activo, donde los actores son una gran cantidad de

trabajadores que solicitan la aplicación de un convenio colectivo que posee mejores condiciones, generándose un reclamo con mayor fuerza de manera proporcional al aumento de dependientes reclamantes. O bien, que el trabajador que reclama judicialmente posea tutela sindical, de manera de evitar una venganza inmediata que implique directamente un despido incausado. Otro de los supuestos de este tipo de reclamos, lo vemos en empresas con participación estatal -parcial o total-, o bien en empresas multinacionales donde el reproche inmediato de su superior no resulta tan directo, dado que el dueño -o el Ceo- de la empresa suele no ser conocido por ellos.

Otra de las opciones habitualmente barajadas para zanjar la suerte de un conflicto de esta naturaleza, es la Acción Declarativa de Certeza, contemplada en el artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires, sin perjuicio de lo cual creemos que no resulta una vía correcta para la dilucidación de este tipo de cuestiones.

La mentada acción tiene por objeto obtener una sentencia (sólo declarativa) para hacer cesar un estado de incertidumbre sobre la existencia, alcances o modalidades de una relación jurídica, siempre que esa falta de certeza pudiera producir un perjuicio o lesión actual a la parte interesada en la declaración y ésta no dispusiera de otro medio legal para ponerle fin en forma inmediata.

Los requisitos para la procedencia de esta acción, son: que la cuestión a ventilar sea esencialmente jurídica, que la relación cuya certeza se procura sea concreta, que haya un interés legítimo y por último, inexistencia de otra vía con mejor aptitud. Sin embargo, esta acción es viable en la medida que no tenga un carácter simplemente consultivo ni importe una indagación meramente especulativa, sino que responda a un caso concreto y busque precaver los efectos de un actor en ciernes.

En efecto, se vislumbra una cuestión de incompetencia que parecería no tener escapatoria. Así, al menos en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, la Ley 11.653 prevé que la competencia de los tribunales de trabajo se relaciona con el conocimiento de las controversias individuales que tengan lugar entre empleadores y trabajadores, asociaciones sindicales con personalidad gremial,

por cobro de aportes y contribuciones, desalojo por restitución de inmuebles cedidos a los trabajadores, tercerías en los juicios de competencia de la justicia laboral, apelación de las resoluciones de asociaciones sindicales vinculadas a afiliación y desafiliación, y de las de autoridades administrativas provinciales del trabajo como así también de su ejecución cuando las leyes así lo dispongan. Es decir, la competencia en razón de la materia se fija por la naturaleza de las relaciones existentes entre las partes y no depende sólo de la invocación de normas o principios jurídicos.

En definitiva, no resulta difícil concluir que la justicia laboral provincial entiende en el conflicto individual de los sujetos del contrato (trabajadores y empleadores), quedando excluidas las cuestiones de derecho colectivo y de la seguridad social, excepto en los temas previstos en el art. 63 de la ley 23.551 (prácticas desleales) y en las acciones de los arts. 47 y 52 de la misma ley que tramitan por su propio procedimiento.

Dicho todo cuanto precede, la Acción Declarativa de Certeza no resulta adecuada ante el planteo de conflictos de encuadramiento convencional - derivados, como dijimos, de diferendos sobre encuadramiento sindical-, por cuanto involucra una cuestión fáctica que excede claramente el marco de la acción declarativa, cuyo sustrato si bien podría aparentar y disimilar un conflicto intersindical y de encuadramiento, la finalidad última no sería otra que obtener una declaración de carácter general y abstracta. En suma, no constituye una causa o “caso concreto” que permita la intervención de la judicatura, sino más bien una suerte de garantía estricta de indemnidad frente a eventuales reclamos, existiendo otra vía para su dilucidación.

4. El rol de la empresa involucrada y del sindicato que resiste

Situaciones como las expuestas resultan habituales y, más allá del accionar de la asociación gremial que pretende detentar una representación que no posee, de manera ilegítima, sin transitar por la extensa y burocrática vía asociacional, se encuentra la empresa que intenta salir lo más airosa posible, evitando la generación de conflictos con alguno de los sindicatos, con quien en

un futuro deberá convivir; y la otra entidad sindical que trata de resistir el embate de quien pretende arrogarse un encuadramiento, podríamos decir “de facto”.

En tales casos, ocurre que un gremio que posee el encuadre sindical de un grupo de trabajadores en un establecimiento o sector de aquél, detentando válidamente y sin oposición alguna durante determinado tiempo su representación, se ve avasallado por otra entidad sindical que de la noche a la mañana pretende atribuirse sin mediar más que una intimación extrajudicial -y a veces recurriendo al uso de la fuerza, o bien a conductas que podrían configurar una Práctica Desleal- dicha representación. La situación descrita perjudica palmariamente no sólo al empleador, sino a la otra asociación sindical que en no pocas ocasiones pierde intempestivamente su representación, y debe iniciar el trámite de la vía asociacional¹⁰ que omitió dar curso el sindicato que pretende ahora el reconocimiento de su representación.

El 16 de agosto de 2001 se dictó el Decreto n° 1040/2001¹¹, con el objeto de reglamentar la aplicación del procedimiento para dirimir las cuestiones de encuadramiento sindical establecido en el artículo 59 de la ley 23551, refiriendo en sus considerandos que la representación de los intereses sindicales puede generar conflictos intersindicales, cuyas consecuencias inciden tanto en el sector de los trabajadores involucrados como en el de los empleadores. Con lo cual, a partir de su sanción, los empleadores también se encuentran legitimados para iniciar el procedimiento de encuadre sindical.

Esta prerrogativa conferida al empresario por el artículo 3, se circunscribe a los tres supuestos allí enunciados, de manera tal que sólo permite su inicio cuando se produzcan en la empresa conflictos de representación sindical múltiple (inciso a), cuando los conflictos de representación sindical pudieran causar en la empresa una alteración de los regímenes salariales o de retenciones de aportes (inciso b), y cuando la empleadora acredite que, a través del procedimiento de encuadramiento sindical, puedan corregirse eventuales asimetrías laborales de orden convencional (inciso c).

¹⁰ Conf. artículo 59 y ss., ley 23.551.

¹¹ Publicado en el Boletín Oficial el 28/08/2001.

Como vemos, las posibilidades son amplísimas, y nos atrevemos a decir que en casi la totalidad de los supuestos la empresa podría iniciar el procedimiento previsto en el artículo 59 y ss. de la Ley 23.551, entendiendo que en esos tres casos se incluyó a toda la casuística de conflictos por encuadramiento sindical.

Este Decreto fue muy criticado por entender que se trataba de una posibilidad brindada al empleador para inmiscuirse en la representación sindical, alterando la autonomía colectiva y el principio de Libertad Sindical¹². En tales términos, resultó objetado por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) por medio del Comité de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, en el marco del Convenio n° 98 sobre Derecho de Sindicación y de Negociación Colectiva (2005).

En cuanto al rol de la asociación sindical que posee la representación de todos o un grupo o sector de trabajadores, resulta importante advertir que frente a conflictos suscitados entre dos o más entidades gremiales, el procedimiento a iniciarse es el ya reiteradamente expuesto. El artículo 59 de la Ley 23.551 legitima a iniciar dicho procedimiento a las “asociaciones interesadas”. Es decir, lo lógico sería que la entidad que suponga poseer una representación con mayor legitimidad, o más relacionada a la actividad que la empresa lleva a cabo, ya sea por su actividad principal, naturaleza de la mercadería que comercializa o fabrica, o cualquiera sea el criterio que se adopte, se presente ante la CGT dando inicio a la vía asociacional, siguiendo el curso administrativo ante la autoridad nacional del trabajo, y en grado de apelación ante la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo.

Pero las cosas no siempre se dan así, y como decíamos, resulta más que habitual que la “asociación interesada” sea la que resiste el embate del gremio que pretende arrogarse, casi por la fuerza, un encuadre sindical que la anterior poseía desde hace tiempo. Lo que queremos decir es que, si bien no existe la adquisición de un derecho luego de la representación continuada y pacífica de un grupo de trabajadores, esta situación no podría dejar de soslayarse, por

¹² ARESE, Cesar. Derecho de la Negociación Colectiva. Ed Rubinzal - Culzoni. Año 2008. Págs. 434-435.

cuanto sin perjuicio de la variación de la actividad o tareas a lo largo del tiempo, ello no deja de ser un elemento más que la asociación sindical primigenia posee en su favor.

Sin embargo, frente al planteamiento del conflicto en tales términos, lamentablemente al gremio que resiste no le queda otra alternativa que constituirse en la “asociación interesada” e iniciar el procedimiento de encuadre sindical. No obstante ello, encontramos algunos precedentes en nuestros tribunales que, si bien excepcionales, nos brindan una luz de esperanza para que otros justiciables terminen de comprender la situación y resuelvan en dichos términos, en caso de darse todos los presupuestos fácticos.

5. La escasa actuación de la justicia ante conflictos intersindicales. Su inentendible resistencia. El riesgo del perjuicio grave e inminente

Como vimos, la justicia resulta *a priori* ajena a los conflictos entre asociaciones gremiales, más aún luego de la derogación del Decreto 105/2000, el que si bien le otorgaba competencia al Ministerio de Trabajo para resolver conflictos de encuadre convencional, solía ocurrir que los sindicatos plantearan colectivamente el conflicto de aplicación convencional, introduciéndose de este modo en la discusión por el encuadramiento sindical. Luego de ello, más allá de las alternativas suscitadas diariamente que ya fueron expuestas, el ámbito de discusión de los encuadres se encuentra mejor delimitado, circunscribiéndose el encuadramiento sindical a la vía asociacional, y al encuadre convencional a la órbita de la justicia del trabajo, frente al reclamo individual o pluri-individual ante una incorrecta aplicación de una convención colectiva.

En los términos en los que nos venimos expresando, se colige que el perjuicio de la asociación sindical que “resiste” el embate de otro gremio y, en el mejor de los casos para este último, se arroga ilegítimamente la representación de un grupo o sector de trabajadores, resulta evidente y muy difícil -diríamos casi imposible- de ulterior reparación. No podemos dejar de preguntarnos cómo cuantificar los perjuicios ante un escenario de conflicto entre dos asociaciones, donde tenemos, por un lado, a un sindicato que se atribuyó la representación sin

iniciar el procedimiento previsto en el artículo 59 y siguientes, y por otro a un gremio que no le quedó otra alternativa que iniciarlo, y obtuvo un resultado exitoso luego de un extenso derrotero burocrático, obteniendo el reconocimiento del encuadramiento sindical por la autoridad administrativa y mediante una eventual confirmación en la órbita judicial.

¿Qué ocurre, en tales casos, con la cuota sindical de los trabajadores que la entidad sindical dejó de percibir ante la variación del encuadre sindical? Cabe preguntarse si sería posible reclamar su importe, actualizado, por el período de prescripción, inclinándonos sin duda alguna por la afirmativa. Planteada la situación en tales términos, donde como dijimos un gremio actúa de manera ilegítima, omitiendo perseguir los caminos legales procesales, y si a esto se le adiciona el componente del evidente perjuicio económico ante una resolución favorable del sindicato afectado, no encontramos obstáculo alguno para que los tribunales, en caso que deseen inmiscuirse con real vocación de servicio, rechacen una medida cautelar, que por lo general es de no innovar, requiriendo la abstención de modificar el encuadre sindical por parte del otro gremio.

Como adelantáramos, algunos juzgados o tribunales, aunque en escasa medida, comenzaron a resolver favorablemente medidas cautelares frente a casos donde se daban este tipo de situaciones, y su permanencia en el tiempo aguardando una resolución de encuadramiento sindical lo único que permitiría era no sólo la ocurrencia del perjuicio, sino su irreparabilidad.

Así, la Sala II de la Cámara Laboral de Santa Fe (con primer voto del Dr. Machado)¹³, sin dejar de destacar que el encuadre sindical debe solicitarse ocurriendo por la vía asociacional, fue más allá y ordenó al gremio que deseaba detentar una representación sindical "de hecho" (es decir, intimando extrajudicialmente al empleador a fin de que aplique su CCT) a "*abstenerse de turbar al empleador hasta tanto recaiga resolución administrativa o judicial conforme a dichas normas*". Se trata de una decisión judicial que pondera una situación de hecho donde se pretende la aplicación compulsiva de un Convenio

¹³ "Luque, Hugo Roberto c/ Sindicato de Mecánicos y Afines del Transporte Automotor de la República Argentina s/ Laboral". Cám. Lab. Sala II, Santa Fe, 25/03/2013; Rubinzal Online; 204/2012; RC J 6515/13.-

Colectivo de Trabajo y, en consecuencia, los aumentos salariales pactados por tal sindicato, cuando aún no existe resolución administrativa que otorgue el encuadre sindical.

Otro precedente de semejantes características fue dictado por la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo¹⁴, que con voto del Dr. Alvaro Balestrini (al que adhiere su colega Dr. Luis A. Catardo) compartió plenamente los fundamentos expuestos en su dictamen por el Fiscal General ante la Cámara, que sugirió confirmar la decisión de primera instancia que ordenaba cautelarmente a la empresa demandada (Gate Gourmet Argentina SA) a *"abstenerse de aplicar el convenio suscripto con el Sindicato de Choferes y Camiones y de incurrir en conductas que implicaran una modificación del encuadramiento sindical"*. Como argumento principal de su resolución, sostuvo que *"...la lectura atenta del acuerdo al que se alude en el escrito de inicio, pone de relieve la existencia de un cabal "fumus bonis iuris", porque se hace referencia a la aplicación del Convenio Colectivo de Trabajo Nro.40/89, y lo acontecido conlleva una atípica atribución de representación colectiva a la apelante soslayando el régimen legal pertinente. Repárese en que se hace una referencia a la representatividad gremial, y que es innegable la existencia de un interlocutor pretérito"*. Más adelante, expuso que:- *"La inexistencia de una resolución administrativa expresa, concerniente a la potencial controversia intersindical de representación, califica la verosimilitud del derecho y justifica que no se innove hasta el dictado de la sentencia definitiva en un procedimiento que, por su esencia, es celérico"*.

Son precedentes que brindan una luz de esperanza que, si se replican, permitirían otorgarle una solución rápida y eficaz -y también provisoria- a la asociación sindical afectada, siempre que se cumplan estrictamente con los presupuestos exigidos para admitir las medidas cautelares, valorando el perjuicio grave e inminente y el peligro en la demora, y exigiendo como contracautela el tipo de caución que el justiciable entienda pertinentes según el caso concreto.

¹⁴ "S.T.I.A. Sindicato Trabajadores de Industrias de la Alimentación y otro c/ Gate Gourmet Argentina S.A.", Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala III. 09/12/2010, Cita Online: AR/JUR/78805/2010, CNAT, Sala III.

Por último, como otra muestra más de los perjuicios que pueden provocarse, no podemos dejar de soslayar que al gremio que poseía la representación se le impide además velar por los derechos de los trabajadores, obstaculizándole la negociación de las condiciones laborales. Citando nuevamente a Vazquez Vialard, este autor sostenía que esas prerrogativas sólo pueden ser ejercidas por la entidad gremial que posee la representación - encuadramiento- sindical, al decir que: "*Resuelto el problema del encuadre sindical (...), la asociación gremial a favor de quien se decidió el caso, a partir de ese momento, puede negociar el futuro convenio colectivo en representación del grupo*"¹⁵.

6. Conclusiones

El tránsito por la vía asociacional debería ser, como primera medida, un proceso ágil que permita dirimir un conflicto intersindical de la manera más rápida y eficiente posible, dada la naturaleza de las cuestiones involucradas que afectan no sólo a la entidad gremial, sino a todos los trabajadores -o al menos a un conjunto de ellos-, con probables consecuencias salariales, toda vez que los resultados de las acciones de los gremios cuya representación invocan - encuadre sindical- incidirán directamente en la aplicación de tal o cual convenio colectivo -encuadre convencional-. Los efectos de la dilucidación de dicho conflicto no sólo serán salariales, sino también de otro tipo, por cuanto los convenios colectivos de seguro regirán diferentes modalidades de trabajo, beneficios, jornada laboral, entre tantas otras.

Lo que queremos decir es que la cuestión no resulta menor, ni está limitada al ingreso de una cantidad mayor o menor de cuota sindical por trabajadores representados; el conflicto, afecta directamente y de manera diaria a las personas cuya representación cada gremio intenta arrogarse.

En consecuencia, un procedimiento lento y burocrático no hará más que irrogar consecuencias perjudiciales al menos a un gremio, y muy probablemente a la empresa, toda vez que si la representación sindical es modificada mediante

¹⁵ Vazquez Vialard, A. "El Sindicato en el Derecho Argentino". Ed. Astrea, 1981, pág 185.

una resolución luego de varios años, quedará expedita la vía judicial para el reclamo de deuda por aportes de cuota sindical de manera retroactiva, por el plazo de prescripción¹⁶.

En suma, cotejando los efectos negativos que podrían producirse, entendemos que ante situaciones de conflictividad donde uno de los sindicatos actúa de manera ilegítima, es decir, sin siquiera iniciar la vía asociacional, y amedrentando a la empresa y a la asociación sindical que posee el encuadre, la justicia no debería permanecer inerte. Por lo general, son situaciones donde el poder de fuego del gremio que pretende una representación de hecho es mayor al que la detenta; o bien donde ese sindicato y la empresa, por las razones que fuere, acuerda una negociación colectiva y salarial, “aceptando” aquella la representación ofrecida, valiendo las comillas por cuanto el encuadre sindical no se acepta ni se somete voluntariamente, sino que está directamente relacionado con la actividad del empleador.

De esta manera, se produce una obligación implícita del gremio afectado -o de la empresa- de iniciar el proceso ante la entidad de grado superior que nuclea a ambos sindicatos, perdiendo inmediatamente su representación, sin resolución alguna que respalde al gremio en conflicto.

Vemos una inusitada resistencia de la gran mayoría de los tribunales -salvo excepciones- de fallar cautelarmente en pos de evitar variar una situación de hecho, compeliendo indirectamente al sindicato que ahora se presenta solicitando su representación a que, si se cree válidamente con derecho, inicie la eterna vía asociacional.

En definitiva, entendemos que la solución ante este tipo de escenarios no debería ser única, por la sencilla razón de que existen en nuestro ordenamiento varias opciones para brindar una solución rápida, eficaz y justa.

Quizás la opción que menos se acerque a la resolución del diferendo de manera ágil sea, paradójicamente, dar estricto cumplimiento de los plazos previstos en la Ley 23.551. El artículo 59 prevé un plazo máximo de 60 (sesenta) días hábiles para que los sindicatos agoten la vía asociacional ante la organización gremial de grado superior a la que ellas -o sus federaciones- se

¹⁶ El cobro judicial de cuota sindical prescribe a los 5 (cinco) años, conforme artículo 5, ley 24.642.

encuentren adheridas, brindando otro plazo idéntico para recurrir al Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación, ante la falta de resolución o acuerdo cuando se ocurrió a la organización de grado superior. De tal forma, 120 (ciento veinte) días hábiles no parece un plazo excesivo ni mucho menos, pudiendo transformarse en la práctica en aproximadamente un semestre, considerando los días corridos del año calendario. Luego, quedará expedita la vía judicial, siendo competente la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo para revisar la resolución administrativa, debiendo dictar sentencia dentro del plazo de ley, sin perjuicio de la eventual producción de medidas de prueba que la Alzada ordene conforme las facultades otorgadas por el artículo 130 de la Ley 18.345¹⁷.

En efecto, vemos que si se respetan debidamente los plazos, en menos de 1 (un) año *debería* poder resolverse el conflicto planteado, siempre pensando en que se llegue a la instancia final de revisión judicial. Sin embargo, como bien sabemos, lejos está de poder cumplirse en la práctica con dichos términos, obedeciendo el letargo a razones de las más variadas, que van desde la saturación del sistema administrativo y judicial - agravado por cuestiones edilicias-, la existencia de menor personal que el necesario, y también por razones que nos atreveríamos a decir son de orden “humano”, eximiéndonos de brindar mayores detalles.

Así las cosas, parecería ser que la solución más eficiente y que mejor se adapta a un conflicto como el planteado, es la respuesta anticipada de la justicia, que evite la ocurrencia de graves perjuicios a una asociación sindical, que no resultan sólo de orden económico. Caso contrario, se estaría allanando el camino -y así ocurre- a gremios que poseen una enorme estructura y gran apoyo, para ir apropiándose de representaciones de trabajadores en diversos ámbitos, que en el peor de los casos para ellos detentarán por varios años hasta la resolución correspondiente de encuadramiento sindical.

¹⁷ “Artículo 130. Revisión de actos administrativos. La Cámara, cuando conozca como tribunal de revisión de actos administrativos, podrá disponer las medidas que juzgue necesarias para asegurar la defensa en juicio de lea partes interesadas en el resultado de su pronunciamiento. También podrá disponer lea medidas de prueba que juzgue necesarias o útiles para aclarar los hechos relacionados con la causa”.

En suma, sólo los juzgados y tribunales del trabajo podrían brindar una solución, previo examen y riguroso análisis sobre la cuestión fáctica planteada, y la concurrencia de la verosimilitud del derecho, evaluándose el peligro en la demora con menor exigencia, no sólo por la reconocida teoría que disminuye la exigencia de uno de los requisitos ante el aumento de la certeza de otro, sino además por las evidentes consecuencias gravosas que se irrogarían en caso de no dar curso favorable a la medida cautelar solicitada.

Bibliografía

ARESE, C. (2008). *Derecho de la Negociación Colectiva*, Ed Rubinzal - Culzoni.

SLAVIN, L. P. (2010). *Conflictos de encuadramiento. Una patología del derecho laboral argentino*, Ediciones Suárez.

VAZQUEZ VIALARD, A. (1981). *El Sindicato en el Derecho Argentino*, Ed. Astrea.

VAZQUEZ VIALARD, A. (2008). *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Tomo 2, Ed. Astrea.

**IMPACTOS DE LA INCORPORACIÓN DE LA SEGURIDAD Y LA
SALUD A LA DECLARACIÓN DE PRINCIPIOS Y DERECHOS
FUNDAMENTALES DE OIT**

**IMPACTS OF THE INCORPORATION OF SAFETY AND
HEALTH IN THE ILO DECLARATION OF PRINCIPLES AND
FUNDAMENTAL RIGHTS**

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.

cesararese2009@hotmail.com

Fecha de envío: 17/08/2022

Fecha de aceptación: 31/08/2022

IMPACTOS DE LA INCORPORACIÓN DE LA SEGURIDAD Y LA SALUD A LA DECLARACIÓN DE PRINCIPIOS Y DERECHOS FUNDAMENTALES DE OIT

César ARESE

Universidad Nacional de Córdoba (Argentina)

Resumen: El autor aporta un análisis sobre los impactos de la incorporación de la seguridad y salud a la declaración de principios y derechos fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo.

Palabras clave: Seguridad y salud laboral - Declaración de principios y derechos fundamentales OIT

Sumario: 1. La categoría de convenios fundamentales y prioritarios de OIT. 2. ¿Sirven las declaraciones como instrumentos jurídicos? 3. El sistema de declaraciones de OIT y los derechos humanos en el trabajo. 4. Caracteres y cuestiones relativos a la DPDF. 4.1. Proyección de los derechos humanos laborales. 4.2. Programática y promocional. 4.3. Eficacia jurídica. 4.4. ¿Por qué los cuatro principios y derechos fundamentales de 1998, más el de 2022, y no todos los contenidos en convenios de alcance general de OIT? 4.5. ¿Establece un orden de prioridades entre los derechos fundamentales? 4.6. ¿Es fuente formal? 4.7. Mecanismo de seguimiento “promocional”. 5. El derecho fundamental a un entorno seguro y saludable. 6. Un derecho base de derechos. 7. Integra un *jus cogens* laboral. 8. Impactos regionales e internos. 9. En conclusión.

Abstract: The author provides an analysis of the impacts of incorporating health and safety into the declaration of principles and fundamental rights of the International Labor Organization.

Key words: Occupational safety and health - Declaration of fundamental principles and rights ILO

Summary: 1. The category of fundamental and priority conventions of the ILO. 2. Do declarations serve as legal instruments? 3. The ILO declaration system and human rights at work. 4. Characters and issues related to the DPDF. 4.1. Projection of labor human rights. 4.2. Programmatic and promotional. 4.3. Legal effectiveness. 4.4. Why the four fundamental principles and rights of 1998, plus the one of 2022, and not all those contained in general ILO conventions? 4.5. Does it establish an order of priorities among the fundamental rights? 4.6. Is it formal source? 4.7. “Promotional” monitoring mechanism. 5. The fundamental right to a safe and healthy environment. 6. A right base of rights. 7. Integrates a labor jus cogens. 8. Regional and internal impacts. 9. In conclusion.

1. La categoría de convenios fundamentales y prioritarios de OIT¹

Con base en los principios y derechos enunciado en la Constitución de Organización Internacional del Trabajo (OIT) y en la Declaración de Filadelfia, la 110 Conferencia Internacional del Trabajo (CIT) de 2022, aprobó la “nueva” Declaración de Principios y Derechos Fundamentales (DPDF), ahora en su versión enmendada en 2022. Agregó el derecho a “un entorno de trabajo seguro y saludable” como quinto derecho de ese carácter a los ya vigentes de libertad de asociación y el reconocimiento efectivo del derecho a la negociación colectiva; eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; abolición efectiva del trabajo infantil y la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación².

Esta decisión significa que, independientemente de la existencia de un acto de ratificación, todos los países componentes de la OIT, están alcanzados jurídicamente por los convenios en que se consagran estos derechos preponderantes y, ahora, los convenios [Nro. 155 sobre seguridad y salud de los trabajadores, 1981](#) y [187 sobre el marco promocional para la seguridad y salud de los trabajadores](#)³. Hasta la CIT 2022, estos convenios poseían 75 y 57

¹ El presente trabajo toma algunos conceptos de mi artículo “La nueva Declaración de Principios y Derechos Fundamentales de OIT, la inconventionalidad del art. 6 de la LRT o como clausurar una fábrica de juicios laborales”, publicado en Rubinzal Culzoni on line, Cita: RC D 236/2022 y que estuvo centrado en los impactos en Argentina. Se agradecen los aporte de Jean-Michel Servais y Wilfredo Sanguineti Raymond al original de este trabajo.

² Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87), Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (núm. 98), Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 (núm. 29) y su Protocolo de 2014, Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso, 1957 (núm. 105), Convenio sobre la edad mínima, 1973 (núm. 138), Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999 (núm. 182), Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951 (núm. 100) y Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111).

³ Sobre la selección de los convenios que adquieren el rango de fundamentales, hubo un fuerte debate en la CIT manifestándose la oposición de la representación de empleadores respecto del Convenio 155. Se concluyó en que había un amplio consenso en seleccionar los Convenios núms. 155 y 187 como convenios fundamentales en el sentido enunciado en la declaración de 1998. Ver: Actas Conferencia Internacional del Trabajo - 110.ª reunión, 2022, 17 de junio de 2022, Tercer informe de la Comisión de Asuntos Generales, Resumen de las labores relativas al proyecto de resolución para enmendar la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, 1998, parr. 159 a 206.

ratificaciones respectivamente, cifras sensiblemente más bajas que el resto de los convenios fundamentales con un alto nivel de aprobaciones⁴.

También OIT tiene establecida la categoría de convenios de gobernanza de carácter prioritarios que alcanza a otros cuatro instrumentos sobre los que se impulsa a los Estados Miembros a su ratificación por su importancia para el funcionamiento del sistema de normas internacionales del trabajo y poseen igualmente con alto nivel de ratificaciones⁵. En otra Declaración de OIT, en este caso, sobre la justicia social para una globalización equitativa se señaló la importancia de estos convenios desde el punto de vista de la gobernanza.

De tal forma, en el sistema de OIT, aparecen un elenco de derechos especiales declamadas y potenciadas por declaraciones, lo que invita a reflexionar sobre el poder jurídico de esos instrumentos y el nuevo derecho potenciado según la DPDF de 2022.

2. ¿Sirven las declaraciones como instrumentos jurídicos?

Como se sabe, las declaraciones de organismos internacionales, Naciones Unidas, OEA, OIT, etc. son aprobados por sus máximos órganos deliberativos, pero, como no necesitan ratificación, no alcanzan la naturaleza jurídica de tratado y su consecuente exigibilidad y aplicación por los estados miembros. Se trata de instrumentos solemnes, declarativos, programáticos y promocionales. Sin embargo, su fuerza jurídica es innegable al menos en algunas de ellas y adquieren presencia de muy palpable norma positiva operativa.

El ejemplo paradigmático es la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) de 1948 que reconoce raíces en otras declaraciones que han

⁴ Con excepción del convenio 105 con 58 ratificaciones, el resto posee un piso de 157 en más (https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:10011:0::NO::P10011_DISPLAY_BY,P10011_CONVENTION_TYPE_CODE:1,F).

⁵ Convenio sobre la inspección del trabajo, 1947 (núm. 81) (así como su Protocolo de 1995), Convenio sobre la política del empleo, 1964 (núm. 122), Convenio sobre la inspección del trabajo (agricultura), 1969 (núm. 129) y Convenio sobre la consulta tripartita (normas internacionales del trabajo), 1976 (núm. 144). (Ratificaciones: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:10013::NO:10013:P10013_DISPLAY_BY,P10013_CONVENTION_TYPE_CODE:1,G).

aludido a los derechos humanos como Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América de 1776 y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Asamblea Nacional Francesa de 1789. Toda referencia sobre definición, positivización y clasificación sobre Derechos Humanos la reconoce como instrumento básico, pero, de acuerdo a los arts. 10 a 17 de la Carta de Naciones Unidas no tiene carácter jurídico vinculante, no obstante haber sido aprobada por la Asamblea General de ese organismo. Se reconoce, eso sí, que es un desarrollo jurídico de la carta de las Naciones Unidas que sí es un tratado internacional.

Ahora bien, por más de dos décadas, hasta que se aprobó la Carta de Derechos Humanos de Naciones Unidas, fue el instrumento esencial para interpretar e identificar los derechos humanos cuyo respeto y cooperación impone la Carta de las Naciones Unidas a fin de invocar las obligaciones de los Estados en esta materia o condenar las violaciones a tales derechos⁶. Al conformarse la Carta Internacional de Derechos Humanos de Naciones Unidas se alcanzó un consenso internacional suficiente para establecer la obligatoriedad para los Estados de proteger los derechos humanos, al entrar en vigor los Pactos Internacionales de Derechos Humanos junto con sus protocolos opcionales. Se dio cuerpo firme a los principios básicos de derechos humanos establecidos en la declaración como la universalidad, interdependencia e indivisibilidad, igualdad y la no discriminación. Pero la DUDH encabeza ese sistema jurídico mundial, con sus treinta derechos, incluyendo los derechos humanos especiales del mundo del trabajo en su art. 23⁷. Como instrumento jurídico, es fuente citada, operada y aplicada por todos los sistemas sobre derechos humanos; fue referenciada por los principales tratados de derechos humanos mundiales⁸, las

⁶ Mauricio Iván del Toro Huerta, *La Declaración Universal de Derechos Humanos: un texto multidimensional*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos. México, 2012, p. 65 y sig.

⁷ En el artículo 23 puntualiza: "Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo. • Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual. • Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social. • Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses".

⁸ Los pactos de 1966 (PIDCP y PIDES); las convenciones contra la tortura; la discriminación racial; la discriminación contra la mujer, y contra la desaparición forzada, así como las convenciones sobre los derechos del niño; de los trabajadores migratorios y de sus familias, y

principales normativos regionales, constitucionales y legales de numerosos países y a la vez, por juristas, académicos y tribunales en el dictado de sus sentencias. Tan solo dos muestras, las constituciones de España (1978) y Argentina (1994) la tienen incorporada a su texto. Algo parecido ocurrió con la Carta Interamericana de Garantías Sociales (un PIDESC laboral, pero sin carácter de tratado) y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (una DUDH americana) de 1948 esta última con interpretación auténtica de las obligaciones de la Carta de la Organización de Estados Americanos, según la CortelDH⁹.

Como se destacó, la Declaración adoptada por los Estados representados en la Asamblea General como una recomendación sin efectos jurídicos, se ha convertido con el devenir de la conciencia jurídica mundial, en un texto jurídico con efectos jurídicos vinculantes, en atención a la práctica seguida por los propios Estados y por los diferentes órganos de las Naciones Unidas y de otras organizaciones internacionales gubernamentales.

De tal suerte, de tratarse de un documento declarativo, promocional e interpretativo de fondo moral, ético, delimitador de idearios comunes, pasó a ser un instrumento ineludible y francamente operativo con sus treinta principios básicos. Es cierto que posee países objetores y reclamos de actualización o de re escritura, pero su impacto jurídico mundial hace que el derecho, el primer derecho, el de los hombres, la tome como hito fundamental de la historia.

3. El sistema de declaraciones de OIT y los derechos humanos en el trabajo

En OIT, los convenios, protocolos, recomendaciones, declaraciones y resoluciones son los instrumentos normativos esenciales producidos por la CIT, aunque solamente los dos primeros requieren ratificación por los estados

de las personas con discapacidad; como también hacen referencia expresa a la Declaración Universal, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

⁹ Corte IDH, Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-10/89, del 14 de julio de 1989, Serie A No. 10, párrafos 35-47.

miembros. En términos generales, las declaraciones son pronunciamientos formales destinados a reafirmar la importancia de ciertos principios y valores. No están sujetos a ratificación porque significan compromisos simbólicos y políticos para los estados miembros.

Ahora bien, la cuestión de la declaración de principios nació en OIT con su misma fundación mediante el Tratado de Versalles porque el art. 427 registró nueve como “métodos y principios generales” a partir del célebre principio de que “el trabajo no debe considerarse como una mercancía o un artículo de comercio”¹⁰. Se acotó que “las comunidades industriales deberán esforzarse en aplicar, en cuanto lo permitan las circunstancias especiales en que puedan encontrarse”, que no “son completos ni definitivos” y tienen carácter de guía política de la Sociedad de las Naciones.

Pero aun antes de que Naciones Unidas emitiera la DUDH, OIT aprobó la Declaración relativa a los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo (Declaración de Filadelfia) de 1944 reafirmando los principios fundamentales que deben inspirar a los miembros con un alcance universalista y fuertemente inspirado en derechos humanos. Ciertamente, detalló principios dirigidos al mundo del trabajo, pero con un alcance muy superior, interrelacionándolos con los derechos civiles y políticos universales aún no consagrados formalmente por Naciones Unidas. En concreto, ratificando y partiendo aquella célebre premisa ética y profundamente humanizadora desvinculando el comercio de la persona que trabaja, concatenó los derechos

¹⁰ 1° El principio fundamental arriba indicado de que el trabajo no debe considerarse como una mercancía o un artículo de comercio; 2. ° El derecho de asociación para todos los fines que no sean contrarios a las leyes, tanto para los asalariados como para los patronos; 3. ° El pago a los obreros de un salario que les asegure un nivel de vida conveniente, según el criterio de la época y el del país de que se trate. Anexo II 271 4. ° La adopción de la jornada de ocho horas, o de la semana de cuarenta y ocho horas, como finalidad que deba perseguirse dondequiera que no se haya logrado todavía. 5.° La adopción de un descanso semanal de veinticuatro horas, por lo menos, que deba comprender los domingos, siempre que sea posible. 6.° La supresión del trabajo de los niños, y la obligación de introducir en el trabajo de los jóvenes de ambos sexos las limitaciones necesarias para permitirles continuar su educación y asegurar su desarrollo físico; 7.° El principio del salario igual, sin distinción de sexo, cuando se trate de trabajo de valor igual; 8.° Las reglas que se dicten en cada país respecto de las condiciones de trabajo, deberán asegurar una retribución económica equitativa a todos los trabajadores que residan legalmente en el país; 9.° Cada Estado deberá asegurar un servicio de inspección, en el que se incluirá a las mujeres, con el fin de asegurar la aplicación de las leyes y reglamentos de protección de los obreros.

civiles y políticos ya que “la libertad de expresión y de asociación es esencial para el progreso constante” con la justicia social y bienestar de los trabajadores¹¹.

Pero lo más importante es que la Declaración de Filadelfia afirmó que “la paz permanente sólo puede basarse en la justicia social” y precisó: “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”. Esta frase, con algunos cambios, se reflejó en el art 1 de la DUDH. Concluyó, además, afirmando “que los principios enunciados en esta Declaración son plenamente aplicables a todos los pueblos, y que, si bien en las modalidades de su aplicación hay que tener debidamente en cuenta el grado de desarrollo social y económico de cada pueblo, su aplicación progresiva a los pueblos que todavía son dependientes y a los que ya han llegado a gobernarse por sí mismos interesa a todo el mundo civilizado”. Esta sustancia y proyección de los instrumentos fundacionales de OIT en derechos humanos, son reconocidos en informes recientes de la Comisión Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de OIT¹².

Pero al haberse incorporado la Declaración de Filadelfia a la Constitución de OIT desde 1946, resulta por lo tanto obligatoria para todos los miembros al incorporarse a la organización. Es decir, que esa declaración está dotada de potente fuerza jurídica, es una auténtica declaración general de derechos

¹¹ Dice: “la pobreza, en cualquier lugar, constituye un peligro para la prosperidad de todos”; “la lucha contra la necesidad debe proseguirse con incesante energía dentro de cada nación y mediante un esfuerzo internacional continuo y concertado, en el cual los representantes de los trabajadores y de los empleadores, colaborando en un pie de igualdad con los representantes de los gobiernos, participen en discusiones libres y en decisiones de carácter democrático, a fin de promover el bienestar común”.

¹² En la Adenda al Informe de 2020 de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, parr. 53, 109ª Conferencia, 2021, la CEACR remarcó que el desafío actual es “mantener la universalidad, indivisibilidad, interdependencia e interrelación de los derechos humanos, tanto los derechos civiles y políticos, como los económicos, sociales y culturales. Los derechos humanos y las normas internacionales del trabajo consagran la universalidad y la indivisibilidad de los derechos y las libertades. La Declaración de Filadelfia de la OIT pide que se garanticen «condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y [de] igualdad de oportunidades», lo cual daría efecto a la Constitución de la OIT en cuanto a lo que se conoce como la interconexión de los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales”.

humanos y sirvió de modelo para la propia Carta de Naciones Unidas de 1945¹³ y de la DUDH. Pero, además, ha sido también fuente invocada en numerosos convenios, como por ejemplo en el último, el Convenio 190 sobre Violencia y Acoso en el mundo del trabajo (2019).

Con posterioridad la CIT aprobó otras seis declaraciones en que los principios y derechos de la constitución y la Declaración de Filadelfia aparece repitentemente invocada como fuente esencial: Declaración referente a la política de Apartheid, 1964; Declaración sobre la igualdad de oportunidades y de trato para las trabajadoras, 1975; Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social, 1977; Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, 1998; Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa, 2008 y la Declaración del Centenario de la OTT para el Futuro del Trabajo, 2019.

4. Caracteres y cuestiones relativos a la DPDF¹⁴

4.1. Proyección de los derechos humanos laborales

Ni la Constitución de OIT ni la Declaración de Filadelfia emplean formalmente el concepto de jurídico de Derechos Humanos, aun cuando la segunda, como se dijo, es precursora, se adelanta y coincide conceptual y hasta textualmente con la DUDH mediante la enunciación de principios. Como se dijo,

¹³ La Carta de UN comienza: “Nosotros los pueblos de las naciones unidas resueltos a preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra que dos veces durante nuestra vida ha infligido a la Humanidad sufrimientos indecibles, a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas, a crear condiciones bajo las cuales puedan mantenerse la justicia y el respeto a las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del derecho internacional, a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad (...)”.

¹⁴ Ver TAPIOLA, Kari, *La declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo de 1998 - Una poderosa herramienta de la OIT*, Organización Internacional del Trabajo; Servicio de Principios y derechos fundamentales en el trabajo, Ginebra: OIT, 2018; BONET PEREZ, Jordi, *Principios y derechos fundamentales en el trabajo, la declaración de OIT de 1998*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1999, BRONSTEIN, Arturo, *Derecho Internacional del Trabajo*, Astrea, Bs. As. 2013; SERVAIS, Jean-Michel, *Derecho Internacional del Trabajo*, Heliasta, Buenos Aires, 2011.

la Declaración de Filadelfia afirma la necesidad de asegurar la dignidad humana en el mundo del trabajo con aquella afirmación de que el “trabajo no es una mercancía”, indicando que la libertad de expresión y asociación es esencial para el progreso constante”. Sin embargo, es indiscutible que la fundación, el desarrollo y el fundamento mismo de la actividad de OIT está dirigida a consagrar, promocionar, proteger y lograr la progresiva efectividad de los derechos humanos en el mundo. En este sentido, la DPDF tiene el valor de instalar expresamente la categoría de principios y derechos fundamentales de los trabajadores.

4.2. Programática y promocional

La DPDF original de 1998 tuvo fundamento entonces, en la necesidad de consolidar y potenciar lo esencial de los derechos humanos ya receptados en la Declaración de Filadelfia de la OIT de 1944 y la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, esto es, la libertad, dignidad, igualdad y asociación en el mundo del trabajo. Sin embargo, lo hizo con un instrumento de carácter programático y promocional lo que se indica a texto expreso en la DPDF en tres pasajes.

4.3. Eficacia jurídica

La DPDF declara que todos los Miembros, aun cuando no hayan ratificado los convenios aludidos, tienen un compromiso que se deriva de su mera pertenencia a la Organización de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de esos convenios. Ya se habló del alcance jurídico de las declaraciones, pero en este caso, con la fórmula de aplicación general, mundial, con indiferencia de la ratificación, se le otorga a la decena de convenios fundamentales, un carácter vinculante o exigibles para los estados miembros. No obstante, esta observación jurídica, además, la DPDF remite a doce convenios considerados fundamentales cuya fuerza normativa de tratados

operativos y exigibles es innegable (ver nota 3 y 4). Este vínculo entre la declaración y la docena de convenios dotados del principio *pacta sunc servanda* férreo y controlable, le otorgan a este instrumento un poder jurídico innegable.

4.4. ¿Por qué los cuatro principios y derechos fundamentales de 1998, más el de 2022, y no todos los contenidos en convenios de alcance general de OIT?

Desde su aprobación, se dudó si la DPDF refleja efectivamente el conjunto de principios y derechos fundamentales de la Constitución y la Declaración de Filadelfia. La enmienda de 2022 confirma que era incompleta y que podrá ser amplia en el futuro. Pero independientemente de ello, se puede observar que la selección debilita otros valores esenciales de OIT no porque se los desconozca, sino porque quedan rebajados respecto de la DPDF. Inclusive, podría decirse que se encienden luces para los ahora doce convenios fundamentales, opacando las prioridades de otros de aplicación igualmente general, de alto impacto en materia de derechos humanos o, directamente un convenio sobre derechos humanos como, por ejemplo, el Convenio 190 sobre la violencia y acoso. Por otro lado, se conspira contra la ponderación de la actividad normativa de OIT como un todo integrado. Si la idea fue potenciar el nivel de ratificaciones de los convenios relativos a principios y derechos fundamentales, el objetivo general se logró. Pero, aun así, China ratificó sólo 5 sobre 10 convenios fundamentales y 2 sobre 4 convenios de gobernanza; EEUU, 2 y 1 e India, 6 y 3. Ahora claro, con la selección efectuada por la DPDF, se flexibilizó y debilitó el proceso de ratificación de los restantes (no fundamentales) convenios de OIT.

4.5. ¿Establece un orden de prioridades entre los derechos fundamentales?

Una pregunta interesante es si dentro del enumerado de principios y derechos fundamentales existe una jerarquía. Es decir, por qué motivo se comienza por los derechos relativos a la libertad sindical y los convenios 87 y 98

y no cualquiera de los otros que ostentan objetos jurídicos de protección nucleares. Es más, de entrada, parecía lógico comenzar por el derecho a la vida, es decir, el entorno saludable y seguro incorporado en 2022 y luego los otros principios ligados a la libertad y dignidad humana como son los derechos y convenios relativos a la abolición del trabajo forzoso, la abolición del trabajo infantil y la eliminación de la discriminación. La DPDF parte de un derecho humano civil y político traducido al mundo del trabajo, la libertad sindical, y su producto más especial y genuino la negociación colectiva con su poder de generación normativa, el convenio colectivo en especial. Sólo a modo de hipótesis, reconocer este primer principio y derecho fundamental es otorgarle un rol de gestor o padre, asegurador y generador del sistema normativo heterónimo o estatal y autónomo protectorio. Sin su existencia, no existiría ninguna de los otros derechos; un mundo laboral sin organizaciones de empleadores y trabajadores y negociación colectiva, seguramente dejaría de ser protectorio y progresivo.

4.6. ¿Es fuente formal?

No obstante, la sustancia de la materia tratada, nada menos que los principios y derechos fundamentales, a diferencia de la Declaración de Filadelfia la DPDF no se incorporó a la constitución de OIT. Técnicamente, al no ser un convenio que posee rango de tratado internacional, no es una fuente jurídica de derecho internacional conforme los alcances de esos instrumentos; o por lo menos, como dice Bronstein, comparable a los convenios de OIT¹⁵. Pero el hecho de que ya tenga bases de convenios para cada uno de los cinco principios y derechos fundamentales e indicarse que todos los miembros, por la mera pertenencia a la organización deben respetar y hacer realidad los principios relativos a derechos fundamentales, otorga a la DPDF un poder jurídico innegable.

4.7. Mecanismo de seguimiento “promocional”

¹⁵ BRONSTEIN, Arturo, *Derecho Internacional del Trabajo*, Astrea, Bs. As. 2013, p. 121.

En la medida que la DPDF es promocional y significa sólo un compromiso para los estados miembros, según su texto, los mecanismos de control o seguimiento no son, consecuentemente, los propios de los convenios de OIT. Sintéticamente, se prevé el seguimiento anual relativo a los convenios no ratificados que sólo supondrá ciertos ajustes a las actuales modalidades de aplicación del artículo 19, párrafo 5, e) de la Constitución y el informe global sobre los principios y derechos fundamentales en el trabajo que permite informar en la discusión recurrente de la Conferencia sobre las necesidades de los Miembros, la acción emprendida por la OIT y los resultados logrados en la promoción de los principios y derechos fundamentales en el trabajo.

5. El derecho fundamental a un entorno seguro y saludable

Quién escribe estas líneas, cuando en las clases de grado y postgrado enuncia los principios y derechos fundamentales del Derecho del Trabajo, recurre naturalmente, a instrumentos de derechos humanos y específicos laborales. El conjunto normativo de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) es fuente de primer nivel junto claro está con la propia Carta de Derechos Humanos de Naciones Unidas y los instrumentos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Salta allí, que al aprobarse la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales de OIT (DPDF) de 1988, se omitió lo que aparece esencial en derechos, el relativo a la vida, a la salud y a la seguridad en el trabajo. Es una obvia y obligatoria referencia porque el propio trabajo es una escena que incluye riegos e inclusive genera agresiones a esos valores humanos. No resulta necesario subrayar la base humana de estas normas ante 2,8 millones de trabajadores fallecidos anuales por siniestros laborales en el mundo o la base material de entre un 4 y un 6 % del PBI mundial.

Paradójicamente, en el preámbulo de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) se sostiene que “es urgente mejorar” la “protección del trabajador contra las enfermedades, sean o no profesionales, y contra los accidentes del trabajo”, mientras que en la Declaración de Filadelfia

de 1944 se reconoció la “obligación solemne” de fomentar programas que permitan “proteger adecuadamente la vida y la salud de los trabajadores en todas las ocupaciones”. De tal forma puede decirse que esos derechos de protección son constitucionales en OIT.

En realidad, en el mismo momento de la adopción de la DPDF, ya se expresó que la seguridad y salud en el trabajo tenía el mismo carácter fundamental que los demás principios y derechos y, por consiguiente, debería haberse incluido en la Declaración¹⁶. Sin embargo, recién en 2017 se propuso su reconocimiento oficial por parte de los estados de la Unión Europea, resaltándose, precisamente, se vincula con vida, la salud y la dignidad de los trabajadores que forman parte de muchos otros instrumentos internacionales de derechos humanos¹⁷.

6. Un derecho base de derechos

La categoría de derecho humano laboral del que se habla, tiene fuente en el derecho a la vida en forma plena o en integridad personal psicofísica de todo ser humano, es un derecho fundamental que a más de haber logrado reconocimiento indiscutido en forma universal ha sido integrado en forma explícita a los derechos nacionales mediante el art. 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”. De similar manera han prescripto la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en sus arts. 1, 3, 4¹⁸ y la Convención Americana de Derecho de Derechos Humanos, en sus arts. 4 y 5¹⁹.

¹⁶ OIT, Informe VII, *Inclusión de las condiciones de trabajo seguras y saludables en el marco de la OIT relativo a los principios y derechos fundamentales en el trabajo Séptimo punto del orden del día*, Ginebra 2022, p. 5.

¹⁷ OIT, *Informes de la Comisión para los principios y derechos fundamentales en el trabajo*, Resumen de las labores, Actas provisionales núm. 11-2 (Rev.), Conferencia Internacional del Trabajo, 106.ª reunión, 2017, párr. 331.

¹⁸ Art. 1: “Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona. Art. 3: “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona. Art. 4: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.

¹⁹ Artículo 4. “Derecho a la Vida. 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie

Inclusive, para el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, “El derecho a la vida es el derecho supremo respecto del cual no se permite suspensión alguna, ni siquiera en situaciones de conflicto armado u otras situaciones de emergencia pública que amenacen la vida de la nación. El derecho a la vida tiene una importancia crucial tanto para las personas como para el conjunto de la sociedad. Constituye en sí mismo el valor máspreciado, en cuanto derecho inherente a todo ser humano, pero también es un derecho fundamental, cuya protección efectiva es un requisito indispensable para el disfrute de todos los demás derechos humanos y cuyo contenido se puede inspirar en otros derechos humanos”²⁰. El Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales de 1966, en cuyo artículo 7, b) se reconoce el derecho a la “seguridad y la higiene en el trabajo” con amplio alcance específico laboral²¹.

En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, “el derecho a la vida es fundamental en la Convención Americana, toda vez que su salvaguarda depende la realización de los demás derechos. Al no respetarse este derecho, todos los demás derechos desaparecen, puesto que se extingue su titular”²².

En forma coetánea con aquella declaración, OIT lanzó en 1999 la idea de trabajo decente que significa “promover las oportunidades para que las mujeres y los hombres puedan obtener un trabajo decente y productivo, en condiciones de libertad, igualdad, seguridad y dignidad humana”. La Agenda 2030 de Desarrollo Sostenido Naciones Unidas se incluyó como objetivos, Nro. 3 la Salud y Bienestar y Nro. 8 “Promover el crecimiento económico inclusivo y sostenible,

puede ser privado de la vida arbitrariamente (...). “Artículo 5. Derecho a la Integridad Personal. 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral (...).”

²⁰ Observación general Nro. 36 de 2019, relativo al artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

²¹ En la Observación general núm. 23 (2016) sobre el derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias (artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), se indica que la prevención de accidentes y enfermedades profesionales es un componente fundamental del derecho a unas condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias y que los Estados partes tienen la obligación básica de garantizar la satisfacción de, cuando menos, los niveles esenciales mínimos del derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias, para lo que se requiere que los Estados partes adopten e implementen una política nacional amplia sobre seguridad y salud en el trabajo, entre otras medidas

²² Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 21. Derecho a la vida*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, C.R., Corte IDH, 2021, parr.186.

el empleo y el trabajo decente para todos”, cuyo acápite 8.8 “es proteger los derechos laborales y promover un entorno de trabajo seguro y sin riesgos para todos los trabajadores (...)”.

Hay que recordar que la preservación del derecho a la salud y seguridad de los trabajadores “no sólo presupone que ninguna persona sea privada de su vida arbitrariamente (obligación negativa), sino que además requiere que los Estados adopten todas las medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida (obligación positiva), conforme al deber de garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos de todas las personas bajo su jurisdicción” (CortIDH. Caso de los “Buzos Miskitos Vs. Honduras”, 31-8-21). La CIDH ha venido subrayando la importancia de este derecho humano laboral en “Fábrica de Fuegos c/ Brasil” de 2020 y “Spoltore c/Argentina” de 2020.

Por lo tanto, existe una ancha base de derechos humanos generales y especiales que sustenta la esencialidad y fundamentalidad del derecho un mundo del trabajo seguro y saludable.

7. Integra un *jus cogens* laboral

En derecho de OIT, al integrarse a la DPDF lo relativo a la seguridad y salud en trabajo se convierte en parte integrante del “pacto constitucional” entre la OIT y sus Miembros, es decir, que el compromiso asumido por los Miembros con respecto a los objetivos enunciados en la Constitución entrañaría la consiguiente obligación de la Organización de ayudarlos a alcanzar esos objetivos, haciendo pleno uso de sus recursos constitucionales, de funcionamiento y presupuestarios. Esta quinta categoría jurídica de derechos al máximo nivel de OIT viene a expresar la determinación de promover la seguridad y la salud de los trabajadores y de fortalecer las capacidades y a afrontar los retos para hacerla efectiva²³.

El derecho a la vida, la integridad psicofísica y condiciones dignas y satisfactorias de labor, importan acciones destinadas a que nadie prive la salud y la vida, garantizar la existencia de condiciones y medio ambientes de trabajo

²³ OIT, Informe VII, *Inclusión ... cit.* p. 11.

que no atenten contra esos derechos fundamentales. Significan decisiones e inversiones que la sociedad y los empleadores deben afrontar. Es decir, no se trata de simples enunciados, sino configuraciones de derecho institucionales que garanticen el derecho.

En la medida además, que este derecho aparece ya aceptado por un *corpus juris* importante de normas sobre derechos humanos y ahora escogido y seleccionado en la DPDF, lo que significa que los países componentes de la OIT, ahora están obligados jurídicamente por los convenios en que se consagran estos derecho preponderantes lleva a pensar que se incorpora también a la noción del *jus cogens* laboral que no sólo integran los cinco rangos ya enunciados sino también otros como el acceso a la justicia efectiva²⁴. Como se sabe la definición del *jus cogens*, aparece en el art. 53 del Tratado de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados como la norma imperativa de derecho internacional “aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”.

En concreto la “nueva” DPDF influirá en el cambio de rumbo mundial en materia de condiciones de seguridad y salud. O al menos, una transformación de paradigmas indemnizatorios, economizados y deshumanizados en las condiciones de trabajo. Pero a la vez, en lo interno de Argentina, a una década

²⁴ ARESE, César, *Derechos Humanos Laborales*, Ed. Rubinzal Culzoni, Bs. As.-Sta. Fe, 2014, p. 46 y *Acceso a tutela judicial efectiva laboral en países de américa del sur*, OIT, Ginebra, 2020, p. 8 a 12; BRONSTEIN, Arturo S., *Derecho Internacional de los derechos humanos y derecho del trabajo*, trabajo de incorporación como académico de número de la AIDTSS Trabajo de incorporación, 29 de octubre de 2013 y exposición ante el Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo (2/10/13, Guayaquil, Ecuador). ISLAS COLÍN, Alfredo, *Normas imperativas de derecho laboral de los derechos humanos*, Perfiles de las Ciencias Sociales, Año 3, Núm. 5, Julio – diciembre 2015, México, UJAT, p. 11 (pdf). CANNESA MONTEJO, Miguel F. “El *ius cogens* laboral en el ordenamiento internacional”. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Nº. 14, 2007, p. 72; “Labour Human Rights and the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights”. En: Bellace, Janice y Haar, Beryl ter (Editores). *Labour, Business and Human Rights Law*. Edward Elgar Publishing, Northampton, 2019, p. 334 (versión en castellano “Los derechos humanos laborales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, gentileza del autor); *El jus cogens laboral: los derechos humanos laborales recogidos en normas imperativas del Derecho Internacional General*, [www.relats.org > documentos > DERECHO.Canessa3.pdf](http://www.relats.org/documentos/DERECHO.Canessa3.pdf) (2017-10-12 01:56:23 GMT); GIALDINO, Rolando, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: principios, fuentes, interpretación y obligaciones*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013.

de la adopción de los convenios 155 y 187, se abre una necesaria revisión de su impacto interno.

8. Impactos regionales e internos

La ampliación de la DPDF de OIT está destinada a promocional y ampliar la base de derechos fundamentales y, por lo tanto, es de esperar que impacte en los estados miembros. Por lo pronto, en la Declaración de los Ministros/a de Trabajo del MERCOSUR sobre Trabajo, Empleo y Acciones para la reactivación del Mercado Laboral del 21 de junio de 2022, en la que se resaltó la decisión de la Conferencia Internacional del Trabajo (OIT) que añade la seguridad y la salud a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo con los Convenios sobre seguridad y salud de los Trabajadores, 1981 (Nº 155), y el Convenio sobre el marco promocional para la seguridad y salud de los trabajadores, 2006 (Nº 187). Alentamos a respetar y promover estos principios y derechos, incorporándolos en nuestras legislaciones nacionales.

La ampliación de la DPDF debería incitar a los estados a revisar la adecuación de su legislación interna a los parámetros del convenio 155 sobre seguridad y salud de los trabajadores y medio ambiente de trabajo y el Protocolo 155; el Convenio 187 sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo, 2006; la Recomendación 164 sobre seguridad y salud de los trabajadores; la Recomendación 197 de 2006 relativa al convenio marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo y la Recomendación 194 sobre la lista de enfermedades profesionales de 2002. Es decir, tomarse en serio este derecho. En el caso de Argentina, existen contradicciones entre esos instrumentos y la legislación relativa a riesgos laborales, particularmente por la restricción de la última respecto de las definiciones de accidentes y enfermedad de trabajo. Concretamente, desatiende y margina a las contingencias que poseen relación con el trabajo o por exposición a factores de riesgo lo que ha significado largos y reiterados reproches de inconstitucionalidad e inconvencionalidad²⁵.

²⁵ Ver in extenso: ARESE, César, *La nueva Declaración de Principios y Derechos Fundamentales de OIT, la inconvencionalidad del art. 6 de la LRT o como clausurar una fábrica de juicios laborales*, Rubinzal Culzoni, Digital 236/2022.

Pero esencialmente, más allá de la legislación y la jurisprudencia nacionales que poseen en la DPDF y en los convenios 155 y 187 fuentes ineludibles, la principal influencia estará en la revalorización de un derecho humano laboral, la vida, la integridad psicofísica y un trabajo no solo seguro, sino confortable, agradable, digno y decente.

9. En conclusión

A. Como instrumentos declarativos, formales y promotores, no sujetos a ratificación y sin conformarse como tratados, las declaraciones internacionales aparecen catalogables como débiles por su carencia de estricta exigibilidad y obligatoriedad. Sin embargo, los ejemplos de la DUDH o la Declaración de Filadelfia de OIT se tradujeron en instrumentos jurídicos de amplios y fuertes impactos para el reconocimiento de derechos traducidos en tratados. También se convirtieron en fuente jurídica esencial de los ordenamientos de derechos humanos con especial énfasis en el derecho del trabajo. De ahí la necesidad de ponderar suficientemente la fuente de las declaraciones internacionales en especial sobre principios y derechos. En OIT, poseen carácter fundacional y arquitectónico por encontrarse incorporados en su propia constitución con su primera redacción de 1919 y con la Declaración de Filadelfia desde 1946.

B. Puede discutirse la opción de OIT en la DPDF de potenciar una decena de principios y convenios dejando de lado otros de idéntica sustancia de derechos humanos y debilitando la atención sobre el resto de los convenios vigentes y necesitados también de ratificación. De hecho, la ampliación por parte de la CIT 2022 es un reconocimiento de su necesidad de expansión.

C. La vida, la salud y la seguridad laboral fue una preocupación original del Derecho del Trabajo. Las primeras leyes obreras, se dirigieron a proteger el más elemental de los derechos, el de la propia existencia y salud, como base de cualquier otro derecho humano. La propia OIT les dio carácter constitucional a estas reglas. Pero al parecer, el problema de las pérdidas de vidas y salud es tan grave que a veces permanece invisible o subestimado en el mundo del trabajo, bajo una capa, muy fina, de protección monetaria. La vieja

agenda laboral, es la nueva agenda laboral desde que la OIT convirtió en principio y derecho fundamental la salud y seguridad, un derecho humano a un entorno de trabajo seguro y saludable mediante la nueva DPDF de OIT y, por lo tanto, los convenios 155 y 187.

En fin, un viejo derecho a la vida y la salud en la sociedad y en el trabajo, se corporiza, de la mano de la DPDF de OIT, como un nuevo derecho humano a un entorno de trabajo saludable y seguro. Ahora falta, tan solo, pero nada menos, hacerlo efectivo.

Bibliografía

- ARESE, C. (2014). *Derechos Humanos Laborales*, Ed. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires - Santa Fe.
- ARESE, C. (2020) *Acceso a tutela judicial efectiva laboral en países de américa del sur*, OIT, Ginebra.
- ARESE, C. (2022). *La nueva Declaración de Principios y Derechos Fundamentales de OIT, la inconventionalidad del art. 6 de la LRT o como clausurar una fábrica de juicios laborales*, Rubinzal Culzoni, Digital 236/2022.
- BONET PEREZ, J. (1999). *Principios y derechos fundamentales en el trabajo, la declaración de OIT de 1998*, Universidad de Deusto, Bilbao.
- BRONSTEIN, A. (2013). *Derecho Internacional del Trabajo*, Astrea, Buenos Aires.
- BRONSTEIN, A. (2013). *Derecho Internacional de los derechos humanos y derecho del trabajo*, trabajo de incorporación como académico de número de la AIDTSS, 29 de octubre de 2013 y exposición ante el Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo (2/10/13, Guayaquil, Ecuador).
- CANNESA MONTEJO, M. (2007). *El ius cogens laboral en el ordenamiento internacional*, Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, N°. 14.
- CANNESA MONTEJO, M. (2019). "Labour Human Rights and the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights", en Bellace, Janice y Haar, Beryl ter (Editores), *Labour, Business and Human Rights Law*, Edward Elgar Publishing, Northampton.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2021). *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, No. 21. Derecho a la vida, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, Costa Rica.
- DEL TORO HUERTA, M. (2012). *La Declaración Universal de Derechos Humanos: un texto multidimensional*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México.

- GIALDINO, R. (2013). *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: principios, fuentes, interpretación y obligaciones*, Abeledo Perrot, Buenos Aires.
- ISLAS COLÍN, A. (2015). *Normas imperativas de derecho laboral de los derechos humanos*, Perfiles de las Ciencias Sociales, Año 3, Núm. 5, Julio – diciembre, UJAT, México.
- OIT (2017). *Informes de la Comisión para los principios y derechos fundamentales en el trabajo*, Resumen de las labores, Actas provisionales núm. 11-2 (Rev.), Conferencia Internacional del Trabajo, 106.^a reunión.
- OIT (2022). *Inclusión de las condiciones de trabajo seguras y saludables en el marco de la OIT relativo a los principios y derechos fundamentales en el trabajo Séptimo punto del orden del día*, Informe VII, Ginebra.
- SERVAIS, J. M. (2011). *Derecho Internacional del Trabajo*, Heliasta, Buenos Aires.
- TAPIOLA, K. (2018). *La declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo de 1998 - Una poderosa herramienta de la OIT*, Organización Internacional del Trabajo, Servicio de Principios y derechos fundamentales en el trabajo, Ginebra.

**COMPARACIÓN NORMATIVA EN MATERIA DE SEGURIDAD Y
SALUD EN EL TRABAJO EN MARCOS JURÍDICOS
LABORALES DE ARGENTINA, ESPAÑA Y VENEZUELA**

**NORMATIVE COMPARISON IN TERMS OF SAFETY AND
HEALTH AT WORK IN LABOR LEGAL FRAMEWORKS OF
ARGENTINA, SPAIN AND VENEZUELA**

Bernavé ANDARA PEÑA

Magíster en Derecho del Trabajo y Doctor en Ciencias jurídicas, Universidad del Zulia, Venezuela. Profesor de posgrado en Derecho del Trabajo en Universidad del Zulia y Dr. Rafael Belloso Chacín.

bernaveandara@gmail.com

Fecha de envío: 27/05/2022

Fecha de aceptación: 10/08/2022

COMPARACIÓN NORMATIVA EN MATERIA DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO EN MARCOS JURÍDICOS LABORALES DE ARGENTINA, ESPAÑA Y VENEZUELA

Bernavé ANDARA PEÑA

Universidad del Zulia (Venezuela)

Resumen: Este artículo analiza de forma comparativa, la Seguridad y Salud en el Trabajo y la responsabilidad del empleador en marcos jurídicos laborales de Argentina, España y Venezuela. La investigación es aplicada, documental y descriptiva. Se concluye que los fundamentos que soportan la materia de SST, giran de manera obligatoria en torno a factores políticos, económicos, sociales y culturales, presentándose éstos, determinantes a la hora de verificar las perspectivas, que frente al carácter fundamental del derecho a la vida y a la salud de trabajador, presenta cada país en cuestión.

Palabras clave: Seguridad y salud - Trabajador - Responsabilidad - Empleador

Sumario: 1. Introducción. 2. Marco jurídico laboral argentino. 3. Marco jurídico laboral español. 4. Marco jurídico laboral venezolano. 5. Comparación normativa. 6. Conclusiones.

Abstract: This article comparatively analyzes Occupational Health and Safety and employer responsibility in labor legal frameworks in Argentina, Spain and Venezuela. The research is applied, documentary and descriptive. It is concluded that the foundations that support the subject of OSH, revolve in an obligatory way around political, economic, social and cultural factors, presenting these determinants at the time of verifying the perspectives that face the fundamental nature of the right to life and health of worker, presents each country in question.

Key words: Health and safety - Worker - Responsibility - Employer

Summary: 1. Introduction. 2. Argentine labor legal framework. 3. Spanish labor legal framework. 4. Venezuelan labor legal framework. 5. Normative comparison. 6. Conclusions.

1. Introducción

La comparación entre los fundamentos teóricos y conceptuales que soportan la normativa de la responsabilidad patronal, dentro del área de Seguridad y Salud en el Trabajo (SST), existente en marcos jurídicos laborales de legislaciones extranjeras, con la venezolana, presenta la particularidad de poder contrastar y comparar dentro de lo posible, aquellas similitudes o aspectos distintivos de respuestas sobre el tratamiento que legislaciones de países como Argentina y España, presentan frente al accidente laboral o la enfermedad ocupacional o profesional, y en específico, lo relacionado con la responsabilidad patronal, a la luz de las teorías objetiva y subjetiva sobre la materia.

En ese orden de ideas, y dado el alcance de la SST a nivel internacional, el cual gira de manera obligatoria en torno a factores que le son propios a cada país, lo que lo hace particularmente especial derivado de las situaciones políticas, económicas, sociales y culturales que lo enmarcan, presenta avances, estancamientos y en ocasiones desmejoras frente a los presupuestos esenciales que determinan el carácter fundamental del derecho a la vida y salud del trabajador.

De esta manera, una vez comparadas tales legislaciones, podrá verificarse con certeza sus alcances o limitaciones, hecho este que permitirá medir frente a los estándares fijados por la OIT en materia de SST, si realmente existen avances o si por el contrario, factores políticos, económicos, sociales y hasta culturales, juegan un papel importante dentro del tratamiento que debe ofrecerse al tema tratado.

A tal efecto, las legislaciones señaladas serán objeto de tratamiento bajo el esquema presentado en cada instrumento normativo nacional, acompañadas de opiniones doctrinarias y en su medida, de criterios jurisprudenciales que impliquen un mayor abundamiento sobre el punto cuestionado.

2. Marco jurídico laboral argentino

Desde su sanción en el año 1915, la legislación argentina tuvo su primera Ley de Accidentes de Trabajo, bajo el número 9.688, la cual estuvo caracterizada por un esquema tarifado de resarcimiento de las pérdidas monetarias originadas por el accidente o enfermedad laboral, el cual no tomaba en cuenta los conceptos tradicionales de responsabilidad, culpa y causalidad presentes en el Derecho Civil.

En efecto, en su origen, la responsabilidad del empleador abarcaba los accidentes ocurridos durante el tiempo de prestación de los servicios, ya sea con motivo o en ejercicio de la ocupación que los emplea, o por caso fortuito o fuerza mayor, criterio que respondía a la objetivación de la responsabilidad del empleador, fundada en la teoría del riesgo profesional, quedando los montos indemnizatorios sujetos a topes vinculados al salario, edad, porcentaje de incapacidad adquirida, los cuales presentaban la particularidad que solían ser menores a los que podría percibir el trabajador lesionado o damnificado, si dicha indemnización fuera fijada por un juez para el caso concreto, sin la presencia de baremos y mediante la aplicación de las normas del Derecho Civil.

Producto de ello, el planteamiento del aspecto tarifario tenía la justificación de compensar a través de una especie de transacción propia del Derecho del Trabajo (previo el procedimiento administrativo), la menor cuantía de la indemnización a ser percibida por el damnificado, con la particularidad que el trabajador no estaría obligado a probar en juicio que el daño era atribuible al empleador, requiriéndose la sola acreditación del accidente o la enfermedad laboral para presumir su responsabilidad con fundamento, no en la culpa sino en la idea (objetiva), del riesgo profesional.

En atención a lo expuesto, y según la posición asumida por doctrinarios argentinos, entre los que se encuentra Haidar (2009)¹, el punto de la menor cuantía de la indemnización tarifada, en comparación con la indemnización que recibiría el trabajador de accionar contra el empleador por la vía civil, se deriva no sólo de la fijación de un menor valor monetario para idéntico daño, sino de que la “tarifada” comprende menos rubros resarcibles, es decir, que mediante

¹Haidar, V. (2009). La transformación del régimen de seguridad y salud laboral en Argentina. Espiral, Estudios sobre Estado y Sociedad. Vol. XV N° 44. Enero-Abril.

esta indemnización se reparan económicamente menos daños de los que usualmente se reparan a través de la aplicación de las normas civiles.

Igualmente, dicha ley establecía a favor de los trabajadores, la opción de poder presentar ante los tribunales de justicia una reclamación amparada en el Derecho de Responsabilidad Civil “común”, donde a diferencia del mecanismo de Responsabilidad Laboral “especial”, el damnificado no era beneficiado con la presunción de responsabilidad del empleador, sino que debía probar su culpa, contando con la ventaja de poder percibir una indemnización de carácter integral por los daños sufridos, para el caso de demostrar tal culpabilidad patronal.

Resulta importante mencionar, que la posibilidad del trabajador y sus derechohabientes de poder articular un reclamo ante la vía jurisdiccional con el propósito de poder recibir una indemnización integral, desencadenó, en la década de los años 80, críticas de los empleadores y de las compañías de seguros (las cuales prestaban sus servicios, dado el carácter potestativo que tenían los empleadores de asegurar a los trabajadores), motivado a que éstas últimas se encontraban obligadas a pagar las indemnizaciones impuestas por los jueces laborales por la aplicación de normas de Derecho Civil, además de honorarios de abogados, peritos y gastos derivados de la tramitación del juicio.

Cabe destacar que tal proceder por parte de los trabajadores se presentaba de forma excluyente, donde la iniciación de una de las acciones o la percepción de cualquier valor por tal concepto, derivaba en la renuncia de manera automática de los derechos que en ejercicio de la otra acción pudiera corresponderle. Asimismo, se presentaba una creciente imprecisión con relación a los eventos a cubrir por parte de las empresas, derivando en la consideración indemnizable de cualquier tipo de contingencia, diluyéndose el vínculo existente entre la prevención y la siniestralidad, tornándose los costos de los accidentes y enfermedades laborales, inestimables, elevados y difíciles de asegurar, conllevando a una fuerte predisposición por llegar a acuerdos extrajudiciales.

Corolario, siendo altamente insatisfactorio la aplicación de éste régimen, en términos de protección del trabajador, prevención de riesgos, costos laborales, y en respuesta a tal situación, fue sancionada la ley número 24.028 de 17 de diciembre de 1991, sobre Accidentes de Trabajo, la cual tuvo la

particularidad de reducir la responsabilidad del empleador, manteniendo la opción del trabajador y causahabientes, en cuanto la posibilidad de escoger entre los derechos e indemnizaciones que pudieran corresponderle según el sistema de responsabilidad establecido o los que pudieran corresponderle según el Derecho Civil, con la particularidad que ambos sistemas se presentaban excluyentes.

Es importante destacar que la ley no tuvo los resultados esperados, siendo posteriormente sancionada en sustitución de ésta el 3 de octubre de 1995, la Ley de Riesgos del Trabajo, número 24.557, que cambiaba el modelo de responsabilidad individual y de seguro voluntario imperante, por un régimen de responsabilidad colectiva y de seguro obligatorio, administrado de manera privada, instrumentando un mecanismo reparador de los accidentes y enfermedades laborales, entendido en una forma más amplia que la compensación monetaria, intentando crear fuertes vínculos con las políticas de prevención, estableciendo regulaciones con el fin de evitar que los problemas de insolvencia de los responsables de los daños fueran trasladados a los damnificados.

Esta ley constituía un sistema compensatorio de los accidentes y enfermedades laborales que pretendía evitar su resolución por la vía judicial (mecanismo de opción), basándose en una suerte de negociación entre los derechos de los trabajadores y los empleadores. Se preveía, en caso de divergencia, un mecanismo administrativo para dirimir los conflictos de forma ágil, procedimiento que una vez agotado habilitaba al trabajador damnificado para optar por el reclamo ante la justicia federal o en la Cámara Nacional de Seguridad Social.

Producto de lo anterior, se presentaba una responsabilidad objetiva para el empleador sobre los siniestros vinculados a la actividad laboral, independiente de su culpabilidad, a cambio que dicha responsabilidad generara obligación de pagos de beneficios limitados normativamente, pero no a título de compensación por la responsabilidad patronal, sino del proceder particular del seguro contra los riesgos laborales.

Aunado a la cobertura de la atención médica requerida en el caso concreto, teniendo las empresas el deber de contratar un seguro privado con las Aseguradoras de Riesgos de Trabajo (ART), creadas ad hoc, quienes tenían a su cargo la gestión del sistema con atribuciones en cuanto a la obligación de asegurar al empleador contra los riesgos del trabajo y de control sobre la seguridad al interior de los establecimientos de trabajo, las cuales, controladas por el capital financiero, consolidaron la financiación de la economía en Argentina.

Según Haidar (ob.cit)², esa estrategia, a través de la cuales se expropió a los trabajadores de un recurso jurídico protectorio, se justificó en la necesidad de racionalizar la toma de decisiones al interior del mercado de trabajo y operó como condición para la instalación de un mercado de seguros de riesgos del trabajo. De esta forma, se libraba a los empleadores de la responsabilidad civil y la consecuente posibilidad de los trabajadores de percibir una compensación integral por los daños sufridos, sustentada en el artículo 39 inciso 1º de la ley 24.557.

No obstante, las críticas generalizadas en torno a la aplicación de la norma señalada, no tuvo eco en los sectores gubernamentales en procura de una reforma a la Ley de Riesgos del Trabajo de 1995, y así lograr su adecuación al contenido del artículo 19 de la Constitución Nacional Argentina, que propugnaba el principio general que prohíbe a los hombres, perjudicar los derechos de un tercero, el cual se encuentra vinculado a la idea de reparación, producto de la fuerte concentración de pérdidas para los trabajadores damnificados frente a la rentabilidad de las empresas aseguradoras de riesgos de trabajo.

Esta ley presentó la particularidad de ser objeto de fuertes controversias y cuestionamientos por parte de la doctrina, acompañada de sentencias judiciales que decretaron su inconstitucionalidad, entre las que cabe destacar la decisión A.2652.XXXVII, de fecha 21 de septiembre de 2004, proferida por el máximo tribunal argentino en el caso Aquino Isacio contra Cargo Servicios, sobre la norma contenida en el artículo 39 de la referida ley, la cual eximía de responsabilidad a los empleadores de toda responsabilidad civil (derecho del que

²Haidar, V. (2009). Ob.Cit.

gozaban el resto de los habitantes de la nación), otorgándose con ello, fuerza normativa a todas las garantías incluidas en la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos que se presentaban vulnerados por dicho régimen normativo.

En tal sentido, el artículo 14 Bis Constitucional argentino, al consagrar que el trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, presenta la finalidad de hacer de todo ciudadano trabajador, sujeto preferente de tutela constitucional, donde, según Haydar (2009)³, “el régimen de la Ley de Riesgos del Trabajo cuestionado, tampoco se encuentra en armonía con otro principio señero de nuestra Constitución Nacional y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos: la justicia social”.

No obstante, las reglas en materia de Riesgos de Trabajo fijadas por el máximo tribunal de la nación Argentina, fueron modificadas, presentándose un nuevo escenario legislativo a partir de 26 de octubre de 2012, fecha en que fue sancionado un nuevo régimen de ordenamiento de la reparación de los daños derivados de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, bajo el número 26.773, manteniéndose vigente la ley 24.557 y sus modificatorias, salvo lo que corresponda a la reparación de los daños antes aludida, poniéndose fin a la “doble vía” y presentando la particularidad de introducir la “opción excluyente”

Del contenido normativo se desprende, en cuanto a la opción de elegir por parte del damnificado entre las dos vías legales contenidas en el referido instrumento legal, el hecho de presentarse contraria a la doctrina jurisprudencial expuesta por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, específicamente en el caso Aquino, en el entendido que todos los habitantes sometidos a un daño injustamente sufrido, incluidos los trabajadores, tienen derecho a una indemnización integral que, para que sea justa, debe cubrir todos los perjuicios, no pudiendo quedar ningún daño sin reparar, transgrediéndose con ello el principio de igualdad ante la ley consagrado en el artículo 16 constitucional argentino.

En atención a lo expuesto, la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, en causa Vera Isabel c/ Fisco de la Provincia de Buenos Aires s/ enfermedad

³Haidar, V. (2009). Ob.Cit.

accidente, de fecha 01 de marzo de 2021, ratificaba la inconstitucionalidad del artículo 4° de la Ley 26.773 que prevé una opción excluyente al trabajador para reclamar indemnización del infortunio mediante una acción de derecho común o mediante reparación sistémica, porque es violatoria de los principios de progresividad, igualdad, propiedad y no discriminación.

En este orden de ideas, según Resolución de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en causa CNT 14604/2018/1/RH1, Pogonza, Jonathan Jesùs c/ Galeno ART S.A. s/ accidente - Ley especial, de fecha 2 de septiembre de 2021 (Recurso de Queja), confirmó la sentencia proferida por la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo en el entendido que resulta inadmisibile el planteo de inconstitucionalidad presentado basado en la afirmación de que la ley 27.348 otorga facultades propias de los jueces a órganos administrativos que no son imparciales, y que restringe el control judicial sobre las decisiones que dichos órganos adoptan, ya que ésta ley prevé la posibilidad de recurrir la decisión de la comisión médica ante la Comisión Médica Central o por la vía judicial ante la justicia ordinaria del fuero laboral de la jurisdicción provincial, resguardándose con ello la garantía del debido proceso frente a la conformación de órgano administrativo que ejerce la competencia jurisdiccional.

Por otra parte, para la Corte no resulta atendible el cuestionamiento de que la aplicación del régimen impugnado colocaría al trabajador accidentado en inferioridad de condiciones respecto de cualquier otro damnificado en ámbitos no laborales.

Al respecto, resulta preciso invocar el análisis preliminar efectuado por Schick (2012)⁴, con relación a las regulaciones consagradas en la reforma de la Ley de Riesgos del Trabajo, donde señalaba que la redacción de la Ley 26.773 está calcada de la Ley 24.028, dictada en 1991 y ratificada por el artículo 39 de la Ley 24.557.

De este modo, se contradice la profusa doctrina constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia de daños laborales, en especial los casos “Aquino” y “Llosco”, entre otros, modificando regresivamente el escenario

⁴Schick, H. (2012). La Opción Excluyente de la reparación civil en el anteproyecto oficial de Reforma de la LRT.

que admitía el cúmulo amplio derivado de la declaración de la inconstitucionalidad del artículo 39 párrafo 1° de la Ley de Riesgos del Trabajo de 1995; doctrina que cerró un largo debate desde la sanción de la ley original hasta su derogatoria, sobre criterios que mantienen su vigencia y que forman un pilar en la interpretación y el cuestionamiento de las disposiciones regresivas contenidas dentro del nuevo instrumento legal.

El diseño legal propuesto abusa del estado de necesidad de la víctima forzándolo a cobrar rápido y sin cabal conocimiento de que esa percepción que repara parcialmente el resarcimiento, le impide precisamente el acceso a un resarcimiento mayor como antes regía, si es que existen perjuicios no contemplados en la tarifa y se acreditan los presupuestos de la responsabilidad civil y laboral.

En efecto, no sólo se postula obligar a una elección inconstitucional al trabajador o a sus derechohabientes, sino que también se propone que dicha opción se efectúe en un lapso de tiempo, cuando el estado de necesidad de la víctima puede llevarla en el contexto del infortunio a tomar decisiones apresuradas en contra de sus intereses.

Se trata entonces, de una negativa del acceso a la reparación integral, que determina que el empleador no está obligado a asumir responsabilidad alguna frente a la víctima por incumplimiento de la normativa sobre higiene y seguridad laboral, donde resulta inadmisibles el tratamiento otorgado a la responsabilidad objetiva y subjetiva del empleador, imponiéndose topes cuantitativos de las indemnizaciones sólo a la responsabilidad objetiva, haciendo a un lado los supuestos de dolo o culpa en materia de accidentes laborales, con lo cual se corre el riesgo de promover una conducta empresarial irresponsable dentro de un sistema de responsabilidad sin culpa.

Según opiniones de especialistas sobre la materia, las cuales revisten especial interés a pesar de la época en que fueron efectuadas, se presenta Ackerman (1998), señalando que:

No obstante la percepción de las prestaciones del sistema, el trabajador y los damnificados indirectos no deberían perder el derecho de reclamar al empleador la reparación de los daños y perjuicios que no resulten compensados por las prestaciones del sistema, siempre que concurren los

presupuestos que imponen el deber de reparar según la legislación general, aunque podría tal vez admitirse la excepción del daño causado por el riesgo propio de la actividad⁵.

Posición que denota una clara conclusión hacia el respeto que debe brindarse en materia de accidentes y enfermedades laborales, al carácter tuitivo y protectorio de las normas consagradas en favor del trabajador, en su condición de víctima del daño ocasionado, frente a la posibilidad de poder obtener las indemnizaciones a que hubiere lugar, derivadas tanto de la responsabilidad objetiva y subjetiva del patrono, las cuales como tal, deben necesariamente complementarse.

Por último, y en función de tratar un punto de gran relevancia dentro del ámbito de la SST en Argentina, fueron identificados elementos relacionados con la política nacional sobre la materia, donde dicha nación se comprometió, a partir de las normas sancionadas, a poner en práctica y reexaminar de forma periódica una política coherente en materia de SST y medio ambiente laboral, y a promover la mejora continua de la seguridad y salud en el empleo.

Tal compromiso devino de la aprobación del Convenio, N° 155 Sobre Seguridad y Salud de los Trabajadores de 1991 y N° 187 Sobre el Marco Promocional para la Seguridad y Salud en el Trabajo de 2006, aprobados a través de las leyes N° 26.693 y N° 26.694, respectivamente.

En ese contexto fue aprobada la II Estrategia Argentina de Salud y Seguridad en el Trabajo 2015-2019 (la cual permanece vigente hasta la presente fecha), la cual tiene como propósito central impulsar la mejora continua para fortalecer el sistema de riesgos del trabajo, presentando como objetivos, reducir la accidentabilidad laboral a través de la prevención de los riesgos del trabajo, continuar potenciando el desarrollo de la cultura preventiva, avanzar en las Encuestas de Condiciones de Trabajo y Salud, fortalecer los sistemas de información y registro de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, favorecer la participación de los agentes sociales, regular y controlar los aspectos de salud y seguridad en el trabajo en las relaciones de subcontratación,

⁵ Ackerman, Mario (1998). La Responsabilidad Civil en la LRT. Editorial Hamurabí. Argentina.

desarrollar la vigilancia preventiva de la salud de los trabajadores, avanzar en el desarrollo normativo, entre otros.

3. Marco jurídico laboral español

El planteamiento general de la regulación de los accidentes y las enfermedades del trabajo dentro del ordenamiento jurídico español se manifestaba ya desde la primera Ley de Accidentes de Trabajo de 1900, siendo una ley reguladora de la responsabilidad empresarial la cual establecía respecto de los riesgos del trabajo, un sistema de responsabilidad objetiva según el cual el empresario estaba obligado a indemnizar al trabajador respecto de los accidentes que ocurrieran en el tiempo y lugar de trabajo.

Tal proceder orientaba la garantía para el trabajador que había sido objeto de un accidente de trabajo, que éste recibiría algún tipo de compensación económica sin que tuviese que probar la culpa frente al empresario, garantizándose con ello una protección más directa frente al daño sufrido, donde la compensación producto de la responsabilidad respecto de los daños ocurridos en el lugar de trabajo se encontraba tasada o limitada con prescindencia del alcance real del daño, lo que en la práctica significaba que los trabajadores recibirían la misma indemnización, independientemente del tipo de daño sufrido producto del accidente de trabajo.

Como consecuencia de ello, el empresario se presentaba indiferente frente a la posibilidad que en el accidente de trabajo hubiese mediado o no su culpa producto del incumplimiento de las medidas de seguridad en el trabajo, restándose importancia al alcance de la responsabilidad empresarial como factor determinante cuando se presentaba el cumplimiento de las medidas o cuando eran violadas las mismas, dejando a un lado el factor preventivo para centrarse en la función reparadora, producto del establecimiento de la responsabilidad por riesgo o responsabilidad objetiva dentro del ordenamiento normativo español.

En la actualidad, por mandato constitucional contenido en el artículo 40.2 de la Constitución española del 27 de diciembre de 1978 se establece que: "(...) los poderes públicos velarán por la seguridad e higiene en el trabajo (...)", tarea

encomendada a los poderes públicos como uno de los principios rectores de la política social y económica de ese país.

Dicho mandamiento emanado de la constitución, comprende el desarrollo de una política de protección de la salud de los trabajadores mediante la prevención de los riesgos derivados de su trabajo, teniendo como asidero desde el punto de vista normativo, la Ley 31/1995, que configura el marco general para el desarrollo de las distintas acciones preventivas en materia de riesgos derivados del trabajo, centrándose en la determinación del cuerpo básico de garantías y responsabilidades para establecer un adecuado nivel de protección de la salud de los trabajadores, cualquiera que sea el ámbito donde se preste, pudiendo aplicarse la normativa en la Administración Pública, confirmándose la vocación de universalidad de la ley, en el marco de una política coherente, coordinada y eficaz de prevención de los riesgos laborales.

El problema de la responsabilidad del empresario en España, en cuanto a la protección que debe brindarle al trabajador frente a los riesgos laborales, exige de manera contundente una actuación que rebasa el mero cumplimiento formal de un conjunto predeterminado de deberes y obligaciones empresariales, exigiéndose por tanto una planificación de la prevención desde el mismo momento del diseño del proyecto empresarial, junto con la evaluación inicial de los riesgos inherentes al trabajo, la ordenación de un conjunto coherente y globalizador de medidas de acción preventiva adecuadas a la naturaleza de los riesgos detectados, siendo extensivo tal deber para los casos en que éstos contraten o subcontraten con otros la realización en sus propios centros de trabajo, de obras o servicios correspondientes a su actividad de vigilar el cumplimiento por dichos contratistas y subcontratistas de la normativa de prevención.

La Ley de Prevención de Riesgos Laborales vino a introducir un nuevo régimen jurídico en la Seguridad e Higiene del Trabajo basado en la prevención del riesgo, que sustituyera el viejo esquema reparador de la Ley de Accidentes de Trabajo de 1900.

Es importante manifestar, que el régimen jurídico de la prevención de los riesgos laborales español se encuentra regulado igualmente en el Texto

Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por el Real Decreto legislativo 5/2000 del 4 de agosto del mismo año, así como determinados artículos consagrados dentro del Código Civil, Código Penal y el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto legislativo 1/1994 del 20 de junio del mismo año, derogado por la Ley General de la Seguridad Social (BOE-A-2015-11724).

Ahora bien, con fundamento en la responsabilidad empresarial surgida a partir del hecho causante del riesgo laboral, ésta tiene su propio entramado, que no es más que el propio cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones legales sobre la materia, las cuales permitirán el acceso del trabajador lesionado a la prestación previamente establecida a su favor, consecuencia del accidente sufrido, responsabilidad que surgirá a partir de la incidencia de dos elementos circunstanciales: tiempo y lugar de trabajo.

El punto de partida de las obligaciones del empresario, establecidas dentro de la Ley 31/1995, descansa en su amplio “deber genérico de protección”, donde el empresario se encuentra obligado a garantizar la seguridad y salud de los trabajadores en todos los aspectos relacionados con el trabajo, siendo éstas de carácter general o especial, según los fines que persigue.

En el derecho español, la regla general no es que quien sufre un daño tiene derecho a su compensación sino que quien lo infringe habrá de indemnizarlo si y sólo si se dan determinadas circunstancias: la culpa, la realización de una actividad particularmente arriesgada o definida por la ley como fuente de la obligación de indemnizar, la suscripción de un contrato de seguro, entre otras, conforme lo refiere, Salvador y Gómez (2005)⁶.

Obligación ésta que deriva de la acción preventiva del empresario, en tanto instrumento fundamental para estructurar dicha acción, a través de la actuación de uno o varios trabajadores de la empresa designados de manera específica para ello, o de la constitución de un servicio de prevención o del servicio de prevención ajeno de la empresa, esto es, Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, para organizar de manera racional y

⁶Salvador C, Pablo y Gómez C. (2005). El derecho de daños y la minimización de los costes de los accidentes. Barcelona- España.

flexible, el desarrollo de la acción preventiva, según lo establecido en el artículo 30 apartado 1 de la Ley 31/1995.

Ello implicó la atribución a las mutuas de nuevas funciones preventivas al autorizarlas a actuar como Servicios de Prevención Ajenos, lo que exigió una nueva definición de su marco de actuación preventiva como entidad colaboradora de la Seguridad Social, motivado a que éstas venían presentando su actividad preventiva de manera relativamente anárquica, como resultado de la inversión efectuada del exceso de los excedentes en la gestión en este tipo de actividades.

El objetivo de un sistema de aseguramiento de los riesgos laborales para Castellá y Castejón (2007)⁷, es en esencia el de garantizar a los trabajadores la reparación de los daños (para su integridad física o salud) sufridos con motivo del trabajo.

En este orden de ideas, el seguro se presenta beneficioso para el trabajador que ha visto su salud mermada, pero también para el empresario, porque en general limita su responsabilidad económica; en ambos casos, la concurrencia de los inevitables fallos en el sistema de prevención de los riesgos laborales, son los que han justificado la necesidad de tal sistema de aseguramiento, actuando dentro de un creciente grado de integración. En ausencia de seguro, dicha reparación sólo puede obtenerse a través de una acción judicial, que es inevitablemente larga, costosa, y de resultados inciertos.

En España, el derecho de daños se encuentra dividido entre las regulaciones materiales, regulaciones procesales y regulaciones de jurisdicciones competentes; observándose que aunque la norma fundamental aparece consagrada en el Código Civil en su artículo 1902 que reza: “El que por acción u omisión cause un daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”, existen reglas establecidas dentro del Código Penal que refieren, conforme lo pautado en el artículo 109.1 que: “(...) La ejecución de un hecho descrito por la Ley como delito o falta obliga a reparar

⁷Castellá y Castejón (2007). Aseguramiento y Prevención de los Riesgos Laborales. Aportes para el debate de la Reforma de la Ley de Riesgos del Trabajo. La participación como instrumento de promoción del diálogo social. IV Semana Argentina de la Seguridad y Salud en el Trabajo.

en los términos previstos en las leyes, los daños y perjuicios por él causados (...).”.

Dentro de igual orden se presenta el artículo 139.1 de la Ley 30/1992 del 26 de noviembre, referido al Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, al establecer:

Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

Asimismo, en la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales, específicamente en el artículo 42.1 queda expresado que:

El incumplimiento por los empresarios de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales dará lugar a responsabilidades administrativas, así como en su caso, a responsabilidades penales y a las civiles por los daños y perjuicios que puedan derivarse de dicho incumplimiento.

De tal forma, ante la multiplicidad de regulaciones existentes, puede plantearse la problemática que frente a los accidentes con rasgos similares, éstos pueden estar sujetos a regulaciones materiales de índole distinta con regulaciones jurisdiccionales igualmente distintas, producto de aplicar normativas procesales diferentes, así por ejemplo, se discutía en el caso del trabajador que sufre un accidente de índole laboral, si éste podía reclamar una indemnización de su empresario ante la jurisdicción civil, previo el agotamiento de la vía prevista por el Derecho de Trabajo, presentándose en la práctica dentro del derecho español, situaciones en las que caben dudas razonables sobre el derecho aplicable y la jurisdicción competente, observándose al Derecho de Daños como un derecho judicial, construido por las decisiones de los jueces y tribunales.

En el derecho español, el trabajador que sufre un daño a consecuencia de un accidente laboral o de una enfermedad profesional puede exigir el cobro de una indemnización que compense en la medida de lo posible el perjuicio sufrido, producido en el desempeño de los deberes derivados de una relación

tipificada y regulada dentro del ordenamiento social del derecho, presentándose el dilema que planteaban las reclamaciones de los trabajadores contra los empresarios, de descubrir ante qué orden jurisdiccional debía presentarse la demanda.

Desde el punto de vista legislativo, con la promulgación de la Ley de la Jurisdicción Social española (Ley 36/2011 del 10 de octubre del mismo año), responsable de la regulación de la jurisdicción social en el terreno de la seguridad y salud de los trabajadores, se puso término al tortuoso peregrinar que el trabajador o sus causahabientes tenían que realizar por los distintos órdenes de la jurisdicción en la búsqueda del resarcimiento de los daños por un accidente de trabajo o una enfermedad profesional.

En efecto, una vez que se presentaba el accidente de trabajo o la enfermedad profesional, la víctima debía acudir al orden social para solicitar las responsabilidades laborales que se hubieran producido por culpa del incumplimiento de las obligaciones empresariales en materia de seguridad y salud laboral o seguridad social, incluido el recargo de prestaciones de seguridad social por incumplimiento grave de las medidas de seguridad, existiendo un nexo causal entre el accidente o la enfermedad profesional y dicho incumplimiento.

De la misma forma, debían acudir al orden civil para obtener el resarcimiento de daños y perjuicios con la correspondiente solicitud de indemnización por los daños físicos, psíquicos o morales y por el lucro cesante, aunado al conocimiento jurisdiccional en materia contencioso administrativa, en cuanto al manejo de las responsabilidades del empresario derivadas de su deber de cuidado.

Dentro ésta perspectiva, surge la naturaleza subjetiva de la responsabilidad empresarial, donde normalmente en cualquier accidente laboral se presentan otros tipos de daños para el trabajador, como los físicos, psíquicos o morales, incluso el propio padecimiento injustamente sufrido, los cuales no se encuentran cubiertos por la Seguridad Social y que se corresponden con aquellos que pueden ser resarcidos o indemnizados mediante la responsabilidad de orden privado, que el trabajador o sus causahabientes pueden reclamar al empresario que resulte responsable.

En el derecho español, es la ley la que obliga al empresario a garantizar la seguridad y salud laboral y a extremar la diligencia en las tareas preventivas, conforme lo establece el artículo 14.1 de la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales que reza: “Los trabajadores tienen derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo. El citado derecho supone la existencia de un correlativo deber del empresario de protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales (...)”.

En este sentido, la valoración que debe hacerse de la responsabilidad empresarial debería girar en torno a criterios de una correcta evaluación de riesgos y la adopción de las medidas necesarias producto de tal evaluación, donde tal responsabilidad deviene del incumplimiento de cualquier medida preventiva previamente establecida en la ley, y en igual circunstancia, de la falta de adopción de aquellas medidas preventivas o de protección que surjan de dicha evaluación.

Ahora bien, visto el contenido del artículo 42.1 de la Ley 31/1995, en cuanto a las responsabilidades que surgen para el empresario en caso de incumplimiento de medidas de seguridad e higiene en el trabajo y de prevención de riesgos laborales, éstas puede manifestarse en los ámbitos administrativo, penal y civil, por los daños y perjuicios que puedan derivarse de dicho incumplimiento, siendo importante destacar que no existe dentro del ordenamiento jurídico español, una norma de carácter general que prohíba la acumulación de todas las indemnizaciones que pueden ser objeto de reclamo por parte del trabajador afectado.

Se trata de un complejo instrumental de responsabilidades y sanciones que tienen como objetivo común y general, el cumplimiento efectivo de la normativa de prevención de riesgos laborales y, con ello, garantizar la SST, donde las responsabilidades administrativa y penal podrían clasificarse dentro de la esfera del carácter público, por ser instrumentos sancionatorios y expresión del ius puniendi del Estado, mientras que la responsabilidad civil estaría enmarcada dentro del carácter privado.

Conforme lo señala Iglesias (2007: 24)⁸:

Todas las normas que tratan de la salud y seguridad en el trabajo y de la responsabilidad derivadas de su incumplimiento son de derecho necesario absoluto y, por consiguiente, sobrepasan el poder dispositivo de los particulares, como no sea para mejorar la posición de los trabajadores.

En cuanto a la política nacional dentro del ámbito de la SST en España, se ha dotado de un marco homologable en esta materia a la política común de la Unión Europea y a las políticas desarrolladas por sus Estados miembros. Tal compromiso es producto de la aprobación del Convenio N° 155 Sobre Seguridad y Salud de los Trabajadores de 1991 y N° 187 Sobre el Marco Promocional para la Seguridad y Salud en el Trabajo de 2006, respectivamente.

En ese contexto, fue aprobada la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2015-2020, "Marco de referencia de las políticas públicas en materia de seguridad y salud en el trabajo hasta 2020", prorrogada mediante acuerdo del Consejo de Ministros del 23 de febrero de 2021, cuyo objetivo es mejorar las condiciones de SST, a través de una mejor aplicación de la legislación sobre la materia, con especial hincapié en las pymes; la mejora continua de las condiciones de trabajo, poniendo el foco en las enfermedades profesionales; la mejora de la eficiencia de las instituciones que se dedican a la prevención de riesgos laborales, entre otras.

4. Marco jurídico laboral venezolano

El desarrollo del tema de la SST en Venezuela ha tenido una evolución en materia legislativa que registra la historia de los planteamientos formulados y de las instituciones creadas para protección de la salud de los trabajadores, lo que evidencia en cierta medida los cambios de mayor trascendencia que se han presentado a lo largo de los años, desde su origen primario y hasta la actualidad.

Es por ello, que la visión política y social dirigida hacia la protección del trabajador frente a los riesgos laborales se presentaba nula y carente de

⁸Iglesias C, Manuel (2007). La Responsabilidad en el Marco de la Prevención de los Riesgos Laborales. Algunas de sus derivaciones. Derecho del Trabajo. Revista Jurídica de Castilla y León. N° 11. Enero.

cualquier recurso legal o normativo que pudiera hacer frente ante cualquier episodio o suceso que pudiera afectar la salud y seguridad del trabajador, motivado en parte al desconocimiento que existía de los conceptos relacionados con la materia, permaneciendo tal visión óptica hasta principios del siglo XX. Tal carencia de recursos normativos obedecía en mayor medida, al sistema de producción existente para la época, el cual estaba basado en una precaria mecanización de los procesos, explotación de mano de obra, entre otros, lo cual orientaba la desestimación por parte del Estado de los derechos y deberes tendientes a proteger al trabajador, esto dentro de un marco político y social.

De esta forma era promulgada en el año 1917 la Ley de Talleres y Establecimientos Públicos, la cual presentaba nociones de higiene y seguridad en el trabajo con el objeto de no perjudicar al trabajador, como correspondencia del deber del patrono de garantizar su seguridad.

Posteriormente, en el año 1928 surge la primera Ley del Trabajo, hecho éste solo para efectos de política exterior y de cumplir compromisos internacionales con la Oficina Internacional del Trabajo, producto del ingreso de Venezuela a dicho organismo, brindando la apariencia de la existencia en el país de un régimen jurídico proteccionista frente al asalariado, presentando dentro de su normativa disposiciones relativas a principios sobre higiene y seguridad industrial, riesgos profesionales, responsabilidad patronal en los accidentes de trabajo, siendo conocido que ésta ley fue letra muerta desde su promulgación.

Tal situación estuvo centrada en la carencia de funcionarios públicos que garantizaran el cumplimiento de los contenidos legales, aunado a la inexistencia de órganos jurisdiccionales ni procedimientos especiales que pudiesen resolver los conflictos y diferencias entre las partes, junto a la falta de concienciación de los patronos y trabajadores que pudieran exigir el cumplimiento de los derechos que dicha normativa consagraba en beneficio de éstos últimos.

El 16 de julio de 1936 se sanciona la Ley del Trabajo (hecha con carácter provisional y con numerosas reformas, siendo la primera en el año 1975), donde se establecía que para la protección de los empleados y obreros en caso de riesgos profesionales, el Ejecutivo Federal debía instituir el Seguro Social Obligatorio y la imposición al patrono de medidas, en razón de la disminución de

riesgos profesionales, con la particularidad de la imposición de sanciones que hicieran efectivo el cumplimiento de la normativa consagrada en el referido instrumento.

En este orden de ideas, surgieron normativas a lo largo de los años por parte del Estado en su inquietud por legislar en materia de seguridad social, dirigidas a cubrir accidentes y enfermedades profesionales que ocasionaran estados de invalidez, incapacidad parcial o muerte, con la consecuente prestación dineraria (pensión).

En igual sentido, existía un tope salarial como retribución para aquellos trabajadores que devengaban salarios iguales o inferiores al tope de veintiséis (26) semanas consecutivas, los cuales tenían derecho a todas las prestaciones enmarcadas dentro de la legislación, esto es, beneficios concedidos por el Seguro a sus asociados; mientras que para el caso de trabajadores que recibían remuneraciones superiores al límite establecido, solo tenían derecho a percibir el equivalente a las prestaciones económicas de largo plazo, producto de los riesgos laborales, las cuales consistían en una indemnización en dinero a favor de los beneficiarios y sus familiares, según el caso.

Para el año 1990, bajo la necesidad de adecuar la nueva legislación en materia laboral con la realidad socioeconómica del país, producto de su evolución social, es sancionada la Ley Orgánica del Trabajo la cual produjo desde el punto de vista social, en materia de condiciones de trabajo, la obligación del patrono de tomar las medidas necesarias para que el servicio prestado por los trabajadores fuese realizado en condiciones de higiene y seguridad, incorporando la obligación del patrono o empleador de advertir al trabajador acerca de riesgos propios del puesto de trabajo, antes de exponerlo a ellos, y lo relacionado con la capacitación del trabajador en los principios de prevención relativos al puesto de trabajo.

Se mantenía la obligación patronal de pagar a los trabajadores, las indemnizaciones producto de accidentes y enfermedades profesionales, existiera o no culpa o negligencia por parte de la empresa o por parte de los trabajadores o aprendices, en aquellos casos donde los patronos no estuvieran inscritos bajo el régimen general del Seguro Social.

Posteriormente, reformada la Ley Orgánica del Trabajo de 1991 el 19 de junio de 1997, se estableció en materia de riesgos en el trabajo, que era el patrono quien debe pagar las indemnizaciones causadas por accidentes laborales y enfermedades profesionales, ello conforme el criterio de responsabilidad objetiva, es decir, que por ser el patrono el creador del riesgo al que está expuesto el trabajador, debe asumir las consecuencias que del mismo derivan, quedando el patrono obligado a pagar a los trabajadores y aprendices ocupados por éste, las indemnizaciones previstas para los casos de accidentes y enfermedades profesionales, exista o no culpa o negligencia por parte de la empresa o por parte de los trabajadores o aprendices.

En el año 2005 se reformaba la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo (LOPCYMAT), de 1986, implementándose nuevos criterios de seguridad y salud en el trabajo; un nuevo enfoque normativo dirigido a poner término a la falta de visión unitaria en sus políticas, persiguiendo no sólo el establecimiento de obligaciones y responsabilidades de sus actores sociales, sino también, el fomento de una nueva cultura en la materia.

Asimismo, se adaptaba la LOPCYMAT a los preceptos establecidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV) de 1999, específicamente, en el desarrollo de los artículos 86 y 87 que consagran el derecho de toda persona a la Seguridad Social y la protección frente a las contingencias de riesgos laborales, encomendando al Estado la obligación de asegurar la efectividad de estos derechos mediante la creación de instituciones y la adopción de medidas destinadas a hacer cumplir la obligación del patrono o empleador, o de garantizar a los trabajadores condiciones óptimas de SST; junto a las normas internacionales ratificadas por Venezuela, conforme la jerarquía establecida el artículo 23 constitucional.

Cabe efectuar una reflexión, y es que la SST se ha caracterizado por la ausencia de políticas capaces de dar respuestas a la problemática de este sector, donde puede observarse que ni el Estado, ni los patronos, ni los trabajadores han considerado prioritario el diseño y posterior aplicación y control de las mismas, lo que necesariamente se traduce en una materia que sigue proyectándose invisible para la sociedad venezolana, donde las consecuencias

de este cuadro son reflejadas en la gran cantidad de accidentes de trabajo que ocurren actualmente, aunado al costo de los recursos materiales que directamente aparecen vinculados a la actividad laboral.

Por último, a partir del 7 de mayo de 2012, con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica del Trabajo, las Trabajadoras y los Trabajadores, se mantiene lo relativo a la responsabilidad objetiva del patrono, con relación a las garantías que la Ley prescribe como obligatorias para con los trabajadores y trabajadoras y con el país, con marcado énfasis en materia de salud y seguridad laboral, conforme lo preceptúa el artículo 43 de la ley comentada, exista o no culpa o negligencia de su parte o de los trabajadores, trabajadoras, aprendices, pasantes, becarios o becarias, procediéndose conforme a esta Ley en materia de SST.

En Venezuela, el área de SST se ha caracterizado por la ausencia de políticas coherentes que permitan el desempeño de una acción eficaz tanto por parte de los empleadores y trabajadores, como de los organismos oficiales encargados de la materia, centrados en la atención al trabajador enfermo o accidentado luego de la ocurrencia del accidente laboral o diagnosticada la enfermedad ocupacional, lo que hace muy reducida y poco efectiva su acción sobre la problemática de la materia.

Si bien es esencial reconocer que la SST sigue siendo un problema que esta lejos de la solución definitiva a nivel mundial, Venezuela, desde la adopción del Convenio N° 155, sobre Seguridad y Salud de los trabajadores, ratificado el 25 de junio de 1984, ha venido dando cumplimiento dentro del ordenamiento jurídico interno, en cuanto a establecer normativas tendientes a su regulación, se encuentra en mora respecto de la disposición que prevé la necesidad de establecer mecanismos de coordinación de la acción de los órganos locales, municipales, estatales, regionales y nacionales, tanto públicos como privados, a los fines que la política sea desarrollada para todos los niveles de la población.

El principio fundamental radica en que la vida no está hecha solamente de trabajo; por lo tanto, debe protegerse efectivamente a todo ser humano del cansancio físico y mental extremo, proporcionándoles oportunidades para disfrutar del esparcimiento y de la vida familiar y social, advirtiendo sobre los

peligros que las largas e intensas jornadas de trabajo repercuten en la salud mental y física de los trabajadores, el incremento del estrés y la predisposición a otros riesgos psicosociales que representan una causa fundamental de accidentes laborales, lesiones discapacitantes con resultados de muerte y enfermedades ocupacionales, que inciden de manera notable dentro del entorno económico de la entidad de trabajo y del propio Estado.

Es importante destacar, que las disposiciones señaladas, surgieron según el momento histórico y la tendencia política que imperaba para la época en que fueron promulgados tales instrumentos normativos, pudiéndose generar diferencias en cuanto a su alcance, toda vez que el contenido de las disposiciones examinadas, refieren consonancia con los postulados establecidos por la OIT, quedando abierta la posibilidad de ser integradas mediante un proceso de asimilación directa o indirecta por parte del Estado.

Se está al frente de un ordenamiento jurídico bastante completo y de gran trascendencia en la materia en Venezuela, que choca frente a una realidad que no distingue entre teorías y que se proyecta brutal en el manejo de la alta siniestralidad laboral, dada la escasa cultura que el colectivo venezolano mantiene frente a un derecho humano fundamental como lo es la vida y la salud del trabajador.

Por último, resulta contradictorio que a pesar que en Venezuela aún existiendo dentro de su legislación, un ordenamiento jurídico en materia de SST bastante completo y de gran trascendencia, y como lo señala Iturraspe (1999)⁹, “De tal suerte nuestra regulación, como en otras ramas, presenta algunas otras características peculiares: en primer lugar estamos frente a una regulación extremadamente extendida”; ¿Cómo se explica el hecho de existir una alta siniestralidad laboral?

5. Comparación Normativa

⁹ Iturraspe, Francisco (1999). Dossier sobre Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo (CYMAT). Centro de Documentación Laboral / Universidad Central de Venezuela. Editorial Intertextos Consultores.

La comparación entre los fundamentos teóricos y conceptuales que soportan la normativas de la responsabilidad patronal en materia de SST, que como fue señalado anteriormente, gira de manera obligatoria entorno a factores políticos, económicos, sociales y culturales de los países estudiados, incluyendo Venezuela, se presentan determinantes a la hora de verificar la perspectiva que frente al carácter fundamental del derecho a la vida y a la salud del trabajador, presenta cada país en cuestión.

De esta manera, pudo verificarse el alcance de los ordenamientos jurídicos nacionales frente a los criterios emanados por la OIT en la materia, orientados por los convenios representativos que contienen una norma definitoria de la forma como las legislaciones deben otorgar derechos con consagración legal a sus ciudadanos, lo que asegura respuestas a mediano y largo plazo frente al problema del incremento de los accidentes y enfermedades laborales, a pesar de no haber cumplido alguno de ellos con la ratificación de convenios sobre la materia, como es el caso de Argentina.

En ese sentido, y orientado sobre el punto de referencia, una característica común en las legislaciones, es la inspiración consagrada en los textos legislativos sobre la existencia de la obligación expresa o tácita del Estado y del patrono, empleador o empresario en materia de SST, y de manera específica frente a los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales u ocupacionales, fijándose mandatos claros sobre su responsabilidad, con formas distintas en cuanto al abordaje del tema resarcitorio y las sanciones a las que está expuesto en caso de no cumplir con los mismos, de acuerdo a cada legislación.

Por consiguiente, el primer y principal destinatario de la obligación legal en materia de prevención de riesgos laborales, en su calidad de propietario, que lo hace acreedor de los beneficios de la actividad productiva, pero también responsable de las cargas sociales de la misma, es el patrono, empleador o empresario, sobre quien recae las consecuencias del incumplimiento del deber que de ésta se deriva, quien además de su condición de titular de los poderes de dirección y organización del trabajo, posee facultades no sólo para adoptar

las medidas preventivas correspondientes, sino también para hacer cumplir y vigilar las normas de seguridad y salud dentro de la empresa.

Tal concentración de responsabilidad obedece a las razones de efectividad y solvencia que éste posee, motivado a que es él quien aplica las normas y controla que se cumplan, pero igualmente, es quien puede y debe responder de manera efectiva de sus consecuencias jurídicas.

Otro aspecto, es el relacionado con el reconocimiento jurídico consagrado en cada uno de los instrumentos normativos, relativos al marco de la prevención, donde las normas jurídicas de cada nación incluyen aspectos de promoción de la SST, siendo éstas en orden constitucional, un derecho fundamental, como es el caso español y venezolano; implementándose planes dentro de las potestades expresamente fundadas en la Ley, o en forma de potestades tácitas, en función de las actividades desarrolladas por entes u organismos estatales respecto de la realización de programas en materia de prevención frente a los riesgos laborales.

Cabe destacar, que a excepción de Venezuela, la cual no cuenta con una planificación orientada sobre políticas públicas en materia de SST, lo cual puede corroborarse en el Primer y Segundo Plan Socialista de la Nación Simón Bolívar 2013-2019 en continuidad a los planes y programas que ha desarrollado la Revolución Bolivariana, y de manera específica el Tercer Plan Socialista de Desarrollo Económico y Social de la Nación 2019-2025, entendiendo como políticas públicas al conjunto de acciones de la administración pública en sentido amplio, para la tutela efectiva del derecho a la SST, política de prevención que ha debido plantearse como una perspectiva de acción de carácter permanente a medio y largo plazo para obtener objetivos acordes con la realidad venezolana en materia de riesgos laborales.

No hay que desconocer las competencias que mantiene el Instituto Nacional de Prevención, Salud y Seguridad Laborales (INPSASEL), en materia de SST, pero lo que no se puede pretender, es que recaiga sobre dicho organismo todo el peso de la prevención en Venezuela, sin que haya un avocamiento real sobre la alta siniestralidad laboral que se presenta en el país, producto entre otras causas, de la falta de prevención en materia de riesgos laborales bajo un abordaje que permita su eficaz implementación.

Argentina y España si han venido presentando políticas coherentes en materia de SST, donde el Estado se presenta como garante de tal derecho, aprobando en su orden, Estrategias de Seguridad y Salud en el Trabajo como instrumentos de prevención de riesgos laborales, bajo un ambiente en el que prevalece el diálogo social entre los diversos interlocutores, permitiendo dotar de coherencia y racionalidad las actuaciones sobre esta materia, estrategia que tiene por objeto dotar a cada país, de un instrumento dirigido a combatir la siniestralidad laboral de forma integral, racional y coherente.

Por otra parte, existe entre los países una normativa general cuya orientación estriba en el establecimiento de responsabilidades para el patrono, empleador o empresario, con bases fuertemente coercitivas, donde la tendencia ha sido la de criminalizar sus actuaciones en materia de SST, como es el caso venezolano, donde impera la imposición de sanciones penales para el patrono infractor en ocasiones de mayor duración que las establecidas en el Código Penal, provenientes de la LOPCYMAT como instrumento regulador de tales conductas, donde el patrono ciñéndose al cumplimiento de sus responsabilidades a objeto de evitar tal sanción penal, hace a un lado la convicción de brindar protección eficaz al trabajador frente a los riesgos laborales.

Para el caso español, que delinea con exactitud los tipos penales en los que puede incurrir el empresario frente al incumplimiento en su deber de protección de la seguridad y salud de los trabajadores, se hace hincapié en que se produzca un peligro grave para la vida, la salud o la integridad física de los trabajadores, correspondiéndose con un delito de riesgo y no de resultado, siendo por ello el bien jurídico protegido la seguridad y salud del trabajador y no los daños o resultados lesivos que pudieran haber sido ocasionados; y en función que ocurra de manera efectiva un resultado dañoso o lesivo, donde debe entenderse que con base al resultado derivado de la conducta típica (lesiones, muerte) serán aplicados preceptos sobre faltas, bajo la modalidad de delito imprudente.

En las mismas condiciones, cuando los hechos estén atribuidos a personas jurídicas, las legislaciones estudiadas consagran responsabilidades

penales para éstas, en procura de tutelar los derechos de los trabajadores en materia de SST.

El aseguramiento de riesgos de laborales, la cobertura por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales u ocupacionales, difiere según la manera como éste es implementado por cada país; para el caso de Argentina donde opera un mercado de seguro de riesgos del trabajo como forma más amplia que la compensación monetaria, el cual funciona a través del deber de contratar un seguro privado con las Aseguradoras de Riesgos de Trabajo (ART) conforme lo estipula la Ley 24.557, éstas tienen a su cargo la gestión del sistema con atribuciones en cuanto a la obligación de asegurar al empleador contra los riesgos del trabajo y de control sobre la seguridad al interior de los establecimientos de trabajo.

El caso de aseguramiento español, tal atribución corresponde a las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social con funciones correspondientes a servicios de prevención para las empresas asociadas, presentando la característica de ser entidades sin fines de lucro, cuyos ingresos se constituyen en patrimonio de la Seguridad Social, producto de las cotizaciones provenientes de manera exclusiva del empresario.

En Venezuela, no aparece consagrada la posibilidad de aseguramiento frente a riesgos laborales en empresas, sean éstas privadas o sin fines de lucro, dada la remisión expresa de orden constitucional establecida en el artículo 86 que presenta a la Seguridad Social como un servicio público de carácter no lucrativo, a través de un sistema universal, integral, de financiamiento solidario, de contribuciones directas o indirectas, quedando comprendido dentro de ésta, el Régimen Prestacional de SST, con cotizaciones a cargo del patrono como único sujeto contribuyente y responsable de garantizar condiciones de seguridad, higiene y ambiente de trabajos adecuados.

De esta manera, para el caso de la ocurrencia de un accidente de trabajo o una enfermedad profesional u ocupacional, existe la particularidad que en Venezuela, Argentina y España, los cuales regentan contenidos normativos enmarcados dentro de la OIT, la responsabilidad del patrono, empleador o empresario está centrada básicamente en la responsabilidad objetiva como

teoría o doctrina en materia de riesgos laborales, quedando subrogada dicha responsabilidad por el sistema de seguridad social en cada uno de los sistemas jurídicos, y que en el caso venezolano presenta la particularidad que si el patrono no ha cumplido con el deber de asegurar al trabajador ante el IVSS, éste deviene responsable de las indemnizaciones a que hubiere lugar por el accidente sufrido.

Por último, si bien la responsabilidad se sitúa en los países estudiados dentro de la vertiente reparadora como correlativo del deber de protección contra los riesgos laborales, su tratamiento desde la perspectiva civil presenta un enfoque particular en cuanto a su implementación, derivado de factores políticos, sociales, económicos y culturales de cada ordenamiento jurídico, lo cual los hace especialmente diferentes al momento de considerarla como un mecanismo de reparación complementario al de la seguridad social, donde la responsabilidad civil cubre los daños no cubiertos por ésta, previo el proceso judicial y declaración de culpabilidad del patrono, empleador o empresario, frente a la atribución del daño efectivamente probado por la víctima.

En Venezuela, tal particularidad deviene de factores externos que proclaman a grandes voces, la pretensión de la solución del problema de la SST bajo las vertientes orientadas en criterios jurisprudenciales respecto de responsabilidades objetivas y subjetivas del patrono, como argumento lapidario frente al problema de la alta siniestralidad presente en el territorio nacional, haciendo a un lado el elemento definidor que no es más que el fortalecimiento institucional de políticas públicas y programas eficaces dentro del marco de promoción de la SST, que promueva una cultura preventiva que se presenta insuficiente en la materia.

6. Conclusiones

Se concluye que los fundamentos que soportan la materia de SST, giran de manera obligatoria en torno a factores políticos, económicos, sociales y culturales, presentándose éstos, determinantes a la hora de verificar las perspectivas, que frente al carácter fundamental del derecho a la vida y a la salud de trabajador, presenta cada país en cuestión.

La responsabilidad del patrono debe ir precedida necesariamente, de un resumen de las obligaciones o deberes que éstos deben asumir en materia de riesgos laborales, con lo cual quedaría establecido el alcance y dirección de dicha responsabilidad.

En Argentina, España y Venezuela, la responsabilidad del patrono, empleador o empresario está centrada básicamente en la responsabilidad objetiva como teoría o doctrina en materia de riesgos laborales, quedando subrogada dicha responsabilidad por el sistema de Seguridad Social en cada uno de los ordenamientos jurídicos, donde para la obtención de indemnizaciones fundadas en la responsabilidad subjetiva del patrono, deberá el trabajador demostrar que éste conocía las condiciones riesgosas, probando la intención, negligencia o imprudencia que conforman el hecho ilícito civil que le es imputable al patrono.

El alcance de los ordenamientos jurídicos estudiados, frente a los criterios emanados por la OIT sobre el tema de Seguridad y Salud Laboral, asegura respuestas a mediano y largo plazo frente al problema del incremento de la siniestralidad laboral en dichos países, a pesar de la no ratificación de convenios sobre la materia, como es el caso de Argentina.

Actualmente, la protección de la salud de los trabajadores se fundamenta en el principio esencial de respeto a la dignidad de la persona del trabajador y la necesidad de protegerlos frente a los riesgos del trabajo, constituyendo el fundamento constitucional y de la legislación sobre la SST, sobre el que se erige todo el entramado de las normas laborales; revistiendo un cariz importante al constituir una institución jurídica relevante dentro del ámbito del Derecho del Trabajo, y según lo refiere De Buen (1997)¹⁰, “en cuanto a la calidad de vida del trabajador”.

De allí la importancia de la formulación de políticas públicas en materia de prevención de riesgos laborales, donde el Estado sea el verdadero garante de derechos, e impulsador de la prevención bajo una perspectiva de acción permanente a mediano y largo plazo, con el firme propósito de obtener

¹⁰ de Buen Lozano, Néstor (1997). La Responsabilidad en el Derecho del Trabajo. México. Porrúa.

resultados sobre objetivos de reducción de la siniestralidad y mejora en las condiciones de trabajo, sin olvidar que es un deber exclusivo del patrono.

Bibliografía

- ACKERMAN, M. (1998). *La Responsabilidad Civil en la LRT*. Editorial Hamurabí. Argentina.
- CASTELLÁ y CASTEJÓN. (2007) “Aseguramiento y Prevención de los Riesgos Laborales. Aportes para el debate de la Reforma de la Ley de Riesgos del Trabajo. La participación como instrumento de promoción del diálogo social”. *IV Semana Argentina de la Seguridad y Salud en el Trabajo*.
- H AidAR, V. (2007). “El enrolamiento de derechos y prácticas jurídicas nacionales y transnacionales en el conflicto por la reparación de los daños derivados de los accidentes y enfermedades laborales”. *VIII Congreso Nacional de Sociología Jurídica*. Santa Fe. Argentina.
- H AidAR, V. (2009). “La transformación del régimen de seguridad y salud laboral en Argentina”. *Espiral, Estudios sobre Estado y Sociedad*. Vol. XV N° 44. Enero-Abril.
- IGLESIAS C, Manuel. (2007). “La Responsabilidad en el Marco de la Prevención de los Riesgos Laborales. Algunas de sus derivaciones. Derecho del Trabajo”. *Revista Jurídica de Castilla y León*. N° 11. Enero.
- ITURRASPE, Francisco. (1999). *Dossier sobre Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo (CYMAT)*. Centro de Documentación Laboral / Universidad Central de Venezuela. Editorial Intertextos Consultores.
- SALVADOR C, P. y GÓMEZ C. (2005). *El derecho de daños y la minimización de los costes de los accidentes*. Barcelona- España.
- SCHICK, H. (2012). *La Opción Excluyente de la reparación civil en el anteproyecto oficial de Reforma de la LRT*.

**EN EL MUNDO DEL TRABAJO: NO ES LO MISMO UNA MUJER
TRABAJANDO QUE UN HOMBRE TRABAJANDO**

**IN THE WORLD OF WORK: A WORKING WOMAN IS NOT THE
SAME AS A WORKING MAN**

Yaneth VARGAS SANDOVAL

Docente e investigadora de la Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca, Colombia. Presidenta de la AIDTSS - Filial Bogotá, Colombia. Doctorada en Ciencias Sociales y Jurídicas y Magister en Relaciones Internacionales Iberoamericanas por la Universidad Rey Juan Carlos, España. Magíster en Dirección y Gestión de los Sistemas de Seguridad Social de la Universidad Alcalá de Henares, España. ORCID iD: <http://orcid.org/0000-0002-9188-1477>.

yvargass@unicolmayor.edu.co

Fecha de envío: 22/06/2022

Fecha de aceptación: 02/08/2022

EN EL MUNDO DEL TRABAJO: NO ES LO MISMO UNA MUJER TRABAJANDO QUE UN HOMBRE TRABAJANDO

Yaneth VARGAS SANDOVAL

Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca (Colombia)

Resumen: Los últimos años nos han puesto a prueba como sociedad, enfrentar la pandemia generada por le Covid-19 ha repercutido no solo en una crisis sanitaria, sino que también ahora en una crisis económica. Pero esta crisis, no afecta a todos por igual, sino que ha afectado de manera más grave a las Mujeres y a los Jóvenes.

Sumado a lo anterior, no es lo mismo trabajar como mujer que trabajar como hombre en el mundo laboral, las mujeres deberán enfrentar brechas en la incorporación en el mercado laboral, y con la pandemia son ellas las que más empleo han perdido sin que hasta la fecha haya sido posible recuperarlo.

Y cuando, ya, se encuentran dentro del mercado laboral, las Mujeres se deben enfrentar a la segregación horizontal o llamados “pisos pegajosos” lo que las relega a actividades consideradas “femeninas” esto es trabajo de cuidado, domestico, sanitario o de servicios.

Igualmente, deben enfrentar en el mercado laboral la segregación vertical o “techos de cristal”, que las lleva a no poder ejercer cargos de dirección en las empresas.

Todo ello, lleva a que las Mujeres no puedan recibir el mismo salario que reciben los hombres lo que se considera brecha salarial, en lo que respecta a la brecha salarial, para el Foro Económica Mundial las mujeres requerirán aproximadamente 267,6 años para llegar a la paridad salarial.

Otro aspecto, que se analiza en el presente artículo, es la división sexual del trabajo, ya que esta, afecta directamente a las Mujeres, al ponerlas en actividades de hogar y tareas de cuidado y en el plano de lo privado, en tanto que a los hombres los deja en aspectos públicos y como proveedor.

Igualmente, se analiza como las normas expedidas en Pandemia de Teletrabajo, Trabajo en Caso y Trabajo Remoto no consideraron el contexto de género al momento de ser expedidas.

Por lo que ahora más que nunca, se debe pensar en la Mujer dentro del contexto de vivir, sentir y trabajar siendo Mujer, por lo que los Organismos Internacionales están haciendo un llamado a la acción que incluya reconocer los derechos de las mujeres dentro del mercado laboral y la no violencia contra las Mujeres y las niñas.

Palabras clave: Mujeres - Trabajo - Suelos pegajosos - Techos de cristal - Brecha salarial

Sumario: 1. Introducción. 2. Mujeres trabajando en pandemia. 3. Mujeres y su incorporación al mercado laboral. 4. Mujeres trabajando entre pisos pegajosos y techos de cristal. 5. Faltan 267.6 años para eliminar la brecha salarial de las mujeres. 6. División sexual del trabajo. 7. Se requieren normas con contexto de género para volver a la normalidad. 8. Llamamiento a la acción de los organismos internacionales centrada en las mujeres. 9. Conclusiones.

Abstract: In recent years we have been forced as a society to face the pandemic generated by Covid-19, which has had repercussions on the ground in a health crisis, as now in an economic crisis. But this crisis does not affect everyone equally, but rather has affected women and young people more seriously.

In addition to the above, working as a woman is not the same as working as a man in the world of work, women must face lags in entering the labor market, and with the pandemic they are the ones who have lost the most jobs without being recovered.

And when, already, they are in the labor market, women must face horizontal segregation or so-called "sticky floors" which relegates them to activities considered "feminine" that is care, domestic, health or service work.

Likewise, they must face vertical segregation or "glass ceilings" in the labor market, which prevents them from holding management positions in companies.

All this leads to women not being able to receive the same salary as men, which is considered a salary gap. In terms of the salary gap, according to the World Economic Forum, women will take approximately 267.6 years to reach wage parity.

Another aspect, which is analyzed in this article, is the sexual division of labor, since this directly affects women, since it puts women in household activities and care tasks and in the private sphere in so much so that he leaves men in public aspects and as a provider.

Likewise, it is analyzed how the regulations issued in the Pandemic of Teleworking, home office and Remote Work do not consider the gender context at the time of being issued.

Therefore, now more than ever, women must be thought of within the context of living, feeling and working as a woman, which is why International Organizations are calling for action that includes recognizing the rights of women within the market labor and non-violence against women and girls.

Key words: Women - Work - Sticky floors - Glass ceilings - Wage gap

Summary: 1. Introduction. 2. Women working in a pandemic. 3. Women and their incorporation into the labor market. 4. Women working between sticky floors and glass ceilings. 5. There are 267.6 years left to eliminate the wage gap for women. 6. Sexual division of labor. 7. Norms with a gender context are required to return to normality. 8. Call for action by international organizations focused on women. 9. Conclusions.

1. Introducción

En el presente artículo se aborda la realidad que vivieron las Mujeres en el trabajo en época de pandemia, y como ellas perdieron en mayor medida los empleos y dos años después aún no se han recuperado.

Igualmente, se esboza como existe una brecha en la incorporación en el mercado laboral, y que la contracción económica generada por la Pandemia del Covid 19 hace que se tenga un retroceso de 10 años en la incorporación de las Mujeres en el mercado laboral. Muy a pesar de existir normas de derechos humanos donde se señala el Derecho a la Igualdad y no discriminación por razón del sexo.

Sumado a lo anterior, se evidencia como las Mujeres en pleno siglo XXI deben enfrentar en el mercado laboral, la segregación horizontal denominados “pisos pegajosos” en el que las mujeres, por el solo hecho de ser mujeres desarrollan actividades feminizadas en labores como servicios generales, educación, sanidad, trabajo doméstico y de cuidado. Y la segregación vertical o llamada “techos de cristal” en la que las Mujeres no pueden ocupar cargos directivos, evidenciando como, a nivel mundial tan solo el 2% de las mujeres ostentan el cargo de presidentes ejecutivos.

Otro aspecto, que se analiza en el presente artículo, es la brecha salarial, evidenciándose que faltan aproximadamente 267.6 años para superar la brecha salarial de acuerdo al Foro Económico Mundial. Aun cuando, se viene luchando para lograr la paridad salarial por organismos como la OIT a través del Convenio 100 y la ONU a través del 8 Objetivo del Desarrollo Sostenible en la Agenda 2030.

Por otro lado, se hace un acercamiento a la División Sexual del Trabajo y como esta, impacta de manera directa a las Mujeres, ya que las expone a ser mujeres cuidadores y a los hombres los pone en la condición de ser proveedores.

Luego, se planteará como las normas que regulan el derecho laboral requieren ser pensadas dentro del contexto de género, ya que las normas expedidas en Pandemia como del Teletrabajo, Trabajo en Casa y Trabajo

Remoto, no se consideró el hecho de ser mujer trabajadora y cuidadora al momento de expedirse la norma.

Para finalizar, se analiza cómo se está haciendo un llamado a la acción por parte de los Organismos Internacionales como la ONU, la OIT y la OEA frente a que se incluya a la Mujer para la construcción de una nueva normalidad. Determinándose como algo fundamental, el trabajo de cuidado, el trabajo pleno, productivo y trabajo decente, desde la perspectiva de género. Y planteándose que las Mujeres y las niñas deban estar libres de todas las formas de violencia.

2. Mujeres trabajando en pandemia

Los últimos años nos han puesto a prueba como sociedad, enfrentar la pandemia generada por el Covid-19 implicó no solo una crisis sanitaria, sino una crisis económica, todo ello exacerbado por la crisis en el transporte marítimo a nivel mundial, y ahora, sumado a un nuevo conflicto armado entre Ucrania y Rusia, todo ello, ha llevado a una gran inestabilidad en la economía mundial y que se piense en una próxima recesión económica.

Todo lo anterior, ha repercutido de manera directa en los países Latinoamericanos, generando pérdidas de empleos, aumento de las tarifas de los fletes de mercancías, con las consecuencias de aumento de precios de todos los productos, e inflación en los países de la región.

Pero esta crisis sanitaria y económica, si bien afecta a todos, no los afecta de manera igual, ya que son las Mujeres y los jóvenes quienes sufren en mayor medida las consecuencias negativas de esta crisis. Según la OIT:

en términos absolutos, los puestos masculinos perdidos en el primer semestre del 2020 (alrededor de 26 millones) se recuperan hacia el tercer trimestre del 2021, pero de los 23,6 millones de puestos de trabajo femeninos que se perdieron sólo se recuperaron 19,3 millones. Ello significa que aún falta recuperar algo más de 4 millones de puestos de trabajo femeninos.¹

¹ OIT. 2022. *Nota Técnica. Serie Panorama Laboral en América Latina y Caribe: Políticas de Igualdad de Género y mercado de trabajo durante la Pandemia.*

Esta pérdida de empleo que sufrieron las Mujeres al inicio de la pandemia y que aún perdura, se produce como consecuencia de que las Mujeres se encontraban laborando en los sectores de la economía que primero fueron cerrados en Pandemia; esto es, la hostelería y de servicios, el trabajo doméstico, y el trabajo informal entre otros.

Pero la Pandemia y la crisis económica mundial actual, lo que hace es evidenciar una realidad que las Mujeres, ya traían hacia décadas, y que como sociedad no hemos podido superar. No hemos podido llegar a una igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres. Para Amnistía Internacional “Aunque las mujeres realizan el 66% del trabajo en el mundo y producen el 50% de los alimentos, solo reciben el 10% de los ingresos y poseen el 1% de la propiedad.”² La inequidad social que persiste en América Latina hace que las Mujeres nazcan, vivan y mueren sin oportunidades en la pobreza.

3. Mujeres y su incorporación al mercado laboral

Una de las dificultades que enfrentan las Mujeres en el mundo del trabajo será su incorporación en el mercado laboral, si bien dentro del ordenamiento jurídico Internacional, la protección de la mujer va encaminada al derecho fundamental de igualdad y a la no discriminación. Serán organismos internacionales como la Organización de Naciones Unidas (ONU), la Organización Internacional del Trabajo (OIT)- y, a nivel americano, la Organización de Estados Americanos (OEA) quienes, en primer momento, conectarán dicha protección al reconocimiento de los derechos humanos de las Mujeres.

Y será la Organización de Naciones Unidas (1948) a través del primer tratado internacional sobre derechos humanos denominada: “Declaración Universal de los Derechos Humanos” que refiere el derecho a la igualdad, reconociendo que todos los seres humanos nacen libres e iguales. Igualmente

https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_838520.pdf.

²Amnistía Internacional. 2020. *La pobreza tiene género*. <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/blog/historia/articulo/la-pobreza-tiene-genero/>.

contempla el derecho a la no discriminación por razón de sexo, al señalar que nadie podrá ser discriminado por su condición sexual.

Pero, aun existiendo este derecho fundamental y humano, cuando se analiza la realidad de las Mujeres en el mundo del trabajo, y cuando las Mujeres deciden incorporarse al mercado laboral, la realidad material es contraria a dichos postulados de igualdad y no discriminación. Las estadísticas de algunos de nuestros países de la región son prueba de dicha brecha en la incorporación al mercado laboral así: las Mujeres en Colombia para el trimestre febrero a abril del 2022 enfrentaron un desempleo del 15,4% en tanto que para los hombres es del 9,6%.³ En lo que respecta a las Mujeres en el Perú, para el trimestre enero-marzo del 2022 presentan una tasa de actividad del 64,8% en tanto que en los hombres se ubicó en 81.1%.⁴

Igual situación presentan las Mujeres en México, que en el mismo trimestre la tasa de actividad de las Mujeres es del 40.1% en tanto que para los hombres fue del 59.9%.⁵ Las Mujeres en Uruguay, presentaran las mismas condiciones para el mes de abril las Mujeres que se encuentran empleadas son el 49.5% en tanto que los hombres que se encuentran empleados son el 65%.⁶ Estos datos estadísticos nos demuestran la realidad de las Mujeres al momento de incorporarse en el mercado laboral, y prueban que persiste la brecha en la incorporación de las Mujeres al trabajo, y que no ha sido fácil para las Mujeres en pos-pandemia recuperar y mantener los puestos de trabajo.

Esta realidad ya viene siendo estudiada por la Comisión Económica para América Latina y el Caribe - CEPAL, en el Informe 9 Especial sobre Covid-19 donde estableció que la contracción económica actual afecta a las mujeres más que a los hombres, señalando que los efectos negativos los sufren las mujeres

³ DANE. 2022. *Mercado Laboral según sexo*. <https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/mercado-laboral/segun-sexo>.

⁴ INEI. 2022. *Estadísticas con enfoque de Género*. <https://m.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/boletines/02-informe-tecnico-enfoque-de-genero-ene-feb-mar-2022.pdf>.

⁵ INEGI. 2022. *Indicadores de Ocupación y Empleo abril de 2022*. https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2022/iooe/iooe2022_05.pdf.

⁶ INE. 2022. *Actividad, Empleo y Desempleo diferencial abril 2022*. https://www.ine.gub.uy/web/guest/actividad-empleo-y-desempleo/-/asset_publisher/zdPWZVbo5Dlc/content/actividad-empleo-y-desempleo-diferencial-abril-2022/maximized?_101_INSTANCE_zdPWZVbo5Dlc_redirect=%2Fweb%2Fquest%2Factividad-empleo-y-desempleo.

en la incorporación al mercado laboral, presentándose un retroceso de más de diez años en la incorporación en el mercado laboral de las mujeres.⁷

4. Mujeres trabajando entre pisos pegajosos y techos de cristal

Por otro lado, en pleno siglo XXI pareciera que trabajar siendo hombre sería igual que trabajar siendo mujer, y que las condiciones dadas en el mercado laboral, la permanencia y el pago por dicho trabajo fuera igual, pero no, no es lo mismo. Dentro del sistema económico actual las desventajas parecieran aplicarse exclusivamente a las Mujeres.

La situación de la Mujer en el mercado laboral, es el relativo a los trabajos, que se ven obligadas a desempeñar, el sistema económico actual lleva a que las Mujeres deban enfrentar segregaciones en el mercado laboral, existiendo la segregación horizontal y la vertical. Considerándose segregación horizontal aquella que lleva a las Mujeres a desarrollar trabajos considerados “femeninos”, que tienen poca protección laboral y de Seguridad Social.⁸

Ahora bien, la segregación horizontal que también se ha denominado “suelo pegajoso”, refleja un estereotipo de la Mujer en ciertas áreas del ámbito laboral, en donde permite que sean incluidas para ejercer actividades laborales que se encuentran relacionadas con servicios generales, educación, sanidad, servicios a la comunidad, gestión administrativa, comercio, lo domestico y de cuidado.⁹ De ahí que, las labores que realizan las Mujeres tengan muy baja remuneración.

Y en lo que respecta a la segregación vertical, se manifiesta en que las Mujeres dentro de las estructuras de las empresas en los niveles más altos

⁷ CEPAL. 2002. No. 9. *Informe Especial Covid.19 Respuesta. La autonomía económica de las mujeres en la recuperación sostenible y con la igualdad.* https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/46633/5/S2000740_es.pdf.

⁸ CEPAL. 2020. *Estudio Económico de América Latina y el Caribe.* https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/46070/89/S2000371_es.pdf

⁹ Díaz, I., Verján, R. y Castrejón, B. 2014. “Estereotipos de género y turismo: análisis cualitativo del “suelo pegajoso” en hoteles de 4 y 5 estrellas en Tijuana México”. *Revista Turismo y Desarrollo Local*, 7(17), 1-14.

donde hay menos Mujeres.¹⁰ La segregación vertical, conocida como “techo de cristal”, ocasiona un desequilibrio en la contratación de las Mujeres en cargos directivos o de liderazgo, lo que implica que las actividades laborales realizadas por las Mujeres sean ejercidas en los niveles más bajos de las organizaciones, en los cuales no logran obtener una mayor remuneración. De igual forma, crea obstáculos invisibles de la participación equilibrada de las Mujeres para que puedan lograr una mayor intervención en la toma de decisiones que se despliega en las organizaciones públicas, las empresas, las asociaciones y sindicatos.¹¹

Aunque se ha trabajado para la inclusión de las Mujeres en el acceso a cargos con mayor remuneración, no ha sido posible eliminar las barreras. Los datos ponen de relieve que menos del 20% de las Mujeres mundialmente ocupan cargos directivos y solo el 2% acceden al cargo de presidente ejecutivo.¹² Por otra parte, en el sector salud las Mujeres representan el 70%, sin embargo, ocupan puestos de trabajo menos cualificados y son los peores remunerados. Cabe mencionar además que las Mujeres ocupan el 88,5% del trabajo doméstico en América.¹³

Sin lugar a duda, la segregación tanto horizontal como vertical generan afectación a las mujeres en el desempeño del trabajo como en el salario, generando brecha salarial, lo que conlleva a que las mujeres no reciban el mismo salario que los hombres por el mismo trabajo.

5. Faltan 267.6 años para eliminar la brecha salarial de las mujeres

Pero la lucha por la igualdad salarial por trabajo igual de las Mujeres no es una lucha nueva, ya desde 1951 en la Conferencia General trigésima cuarta de la OIT, se estableció el Convenio 100 donde se señaló el principio de igualdad

¹⁰ OISS. 2019. *Medidas Compensatorias de los Cuidados no remunerados en los Sistemas de Seguridad Social en Iberoamérica*. <https://oiss.org/wp-content/uploads/2019/03/OISS-2019-Medidas-compensatorias-de-los-ciudadanos-no-remunerados-res.-baja.pdf>

¹¹ OIT. 2019. *Informe sobre las mujeres en la gestión empresarial: argumentos para un cambio*. https://www.ilo.org/global/publications/books/WCMS_700977/lang-es/index.htm.

¹² Dabla-Norris, E & Kochhar k. 2020. *Las Mujeres y el Crecimiento Económico*. Fondo Monetario Internacional-FMI. <https://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/spa/2019/03/pdf/fd0319s.pdf>.

¹³ OIT. 2020. *Observatorio de la OIT: La COVID-19 y el mundo del trabajo*. Quinta edición *Estimaciones actualizadas y análisis*. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/briefingnote/wcms_749470.pdf.

de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor.

El Convenio 100 de la OIT ha sido ratificado por la gran mayoría de los países de Latinoamérica así: Colombia lo ratifica el 7 de junio de 1963, México el 23 agosto de 1952, Guatemala el 2 de agosto de 1961, Perú el 1 de febrero de 1960, Argentina el 24 de septiembre de 1956, Chile el 20 de septiembre de 1971, y Uruguay el 16 de noviembre de 1989.¹⁴

A pesar de la incorporación del Convenio 100 por los países Latinoamericanos, la brecha salarial persiste en perjuicio de las mujeres. Entre los múltiples factores como ya se evidencio la segregación vertical y la segregación horizontal, además, se encuentran que en las relaciones laborales aún siguen persistiendo en viejos estereotipos como la división sexual del trabajo.¹⁵ Que llevan a las mujeres a realizar en una mayor proporción responsabilidades domésticas, de cuidado y reproductivas. Afectando su permanencia en el mercado laboral, optando por jornadas a tiempo parcial o saliendo del mercado laboral, lo que impacta en la desigualdad salarial.

En todo el mundo, las Mujeres reciben alrededor de un 37% menos de salario que los hombres en similares funciones, según el informe sobre la Brecha Global de Género del Foro Económico Mundial. Pero la triste realidad es que se proyecta que para alcanzar la paridad en salario las mujeres requerirán de aproximadamente 267.6 años.¹⁶

Otra proyección, que pareciera más esperanzadora frente a la Brecha Salarial es la de la Organización de Naciones Unidas (ONU), que determina en la Agenda 2030 en el Objetivo 8 de Desarrollo sostenible que se requiere “Promover el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todas y todos”.¹⁷ Dentro de los

¹⁴ OIT. 2022. *Ratificación del C100. Convenio sobre Igualdad de Remuneración, 1951 (núm. 100)*. https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312245.

¹⁵ OIT. 2019. *Informe sobre las mujeres en la gestión empresarial: argumentos para un cambio*. https://www.ilo.org/global/publications/books/WCMS_700977/lang-es/index.htm.

¹⁶ World Economic Forum. 2022. *6 Datos sorprendentes sobre la brecha salarial entre hombres y mujeres en el mundo*. <https://es.weforum.org/agenda/2022/03/6-datos-sorprendentes-sobre-la-brecha-salarial-entre-hombres-y-mujeres-en-el-mundo/>.

¹⁷ ONU. 2019. *LOS ODS EN ACCION*. https://www.undp.org/sustainable-development-goals?utm_source=EN&utm_medium=GSR&utm_content=US_UNDP_PaidSearch_Brand_Engl

mecanismos para alcanzar este objetivo se encuentran que para el año 2030 debe llegarse a la “igualdad de remuneración por trabajo de igual valor”.

Pero al hacerse seguimiento en el cumplimiento del Objetivo 8 de Desarrollo sostenible, la OIT en el Informe Mundial sobre salarios 2020-2021, señala que como consecuencia del Covid-19 el futuro será la baja de salarios. Siendo mucho más perjudicial para las Mujeres, quienes de conformidad con el Informe de la OIT recibirán las remuneraciones más bajas. Con lo que se evidencia que parece no ser posible cumplir con dicho objetivo 8 del Desarrollo Sostenible para el 2030.

6. División sexual del trabajo

La pandemia generada por el Covid-19 planteo como las mujeres son las encargadas de la mayor carga de trabajo de cuidado en el mundo. La pregunta a hacerse sería ¿Qué ha llevado a que las Mujeres realicen en mayor medida el trabajo de cuidado en el Mundo? Y la respuesta, no es otra, que la división sexual del trabajo. Un aspecto que afecta la vida de las Mujeres, en el mundo laboral son las tareas que les han correspondido desarrollar solo por el hecho de ser Mujeres, por lo que en este punto se analiza el surgimiento y permanencia de la división sexual del trabajo y de sus consecuencias en la vida de ellas.

La inserción y la permanencia de la Mujer en el mundo laboral han sido complejas. Si bien en los inicios de la industrialización, Mujeres y hombres trabajaban a la par sin que se estableciese diferencia alguna, ni en cuanto a salario, ni en cuanto a trabajo, con el desarrollo de la industrialización y en la actual globalización, se hace evidente que las Mujeres no desarrollan las mismas actividades que los hombres, como tampoco reciben el mismo salario por actividades iguales. Lo que hace que exista una división sexual del trabajo, que afecta a las Mujeres durante toda su vida.

En los últimos años ha sido la profesora Ulla Wikander quien en mayor medida se ha centrado en desarrollar su investigación en el ámbito de las

[ish&utm_campaign=CENTRAL&c_src=CENTRAL&c_src2=GSR&qclid=EA1a1QobChMI0rq5Yy9-AIVdPDjBx3Y9AXVEAAYAIAAEgKjJPD_BwE.](https://www.ilo.org/ish/uttm/campaign=CENTRAL&c_src=CENTRAL&c_src2=GSR&qclid=EA1a1QobChMI0rq5Yy9-AIVdPDjBx3Y9AXVEAAYAIAAEgKjJPD_BwE)

relaciones laborales desde la perspectiva de género. Para esta autora, las Mujeres tendrán que afrontar una realidad dada por su condición de Mujer en el mundo del trabajo. Wikander señala que existe un contrato implícito entre los sexos, que varía en el tiempo y en los diferentes lugares y que se desarrolla en forma diferente si la Mujer está casada o si está soltera.

La implementación de la división sexual del trabajo se va a presentar en la economía de mercado del siglo XIX, surgiendo con la sociedad industrializada. Como se ha dicho, “en un nuevo proceso laboral, las Mujeres dejaron de ser una fuerza de trabajo de igual valor, y quedaron subordinadas a los hombres”.¹⁸ En particular, la industrialización determinará que las Mujeres de bajos recursos, se empleen en trabajos precarios y mal pagados y que las Mujeres de clase media y alta sean exiliadas al mundo privado de sus hogares.¹⁹

A finales del siglo XIX, las Mujeres se convirtieron en una competencia laboral para los hombres, quienes mantenían el estatus de proveedores de sus familias. Los hombres van a oponerse de manera directa al trabajo de las Mujeres; algunos lo hacen por el aumento de desempleo, otros porque deseaban que sus esposas fueran sólo amas de casa, y muchos porque no podían competir con la mano de obra barata de las Mujeres. Estas razones llevaron a que los sindicatos aceptaran las diferencias salariales entre hombres y Mujeres²⁰.

Este planteamiento del hombre proveedor, se establecerá desde el punto de vista jurídico en el constitucionalismo social, que se construye en torno al trabajo asalariado, masculino y público, determinándose como una condición de la ciudadanía, esto no es otra cosa que parte de la división sexual del trabajo, que dejara a las Mujeres en actividades propias del hogar y tareas de cuidado, y en el plano privado.²¹

Otro aspecto que va a afectar de manera importante a las Mujeres en el ámbito laboral va a ser el matrimonio que, si bien es diferente al sexo, es

¹⁸ Wikander, Ulla. 2016. *De criada a empleada. Poder, sexo y división del trabajo (1789-1950)*. Madrid, España: Editorial Siglo XXI de España Editores. P.34.

¹⁹ Wikander, Ulla. 2016. *De criada a empleada. Poder, sexo y división del trabajo (1789-1950)*. Madrid, España: Editorial Siglo XXI de España Editores.

²⁰ Wikander, Ulla. 2016. *De criada a empleada. Poder, sexo y división del trabajo (1789-1950)*. Madrid, España: Editorial Siglo XXI de España Editores.

²¹ Prieto, Carlos. 2015. *Trabajo de Cuidado, tiempo libre y relaciones de género en la sociedad española*. Madrid, Ediciones Cinca.

importante incluirlo como punto diferencial. En los siglos XIX e inicios del XX, a las Mujeres solteras se les consideraba menores de edad cuando contraían matrimonio, ya que era a partir de este momento cuando podían ser castigadas por sus esposos, y debían pedirles permiso para realizar trabajos asalariados.²²

Esta influencia del matrimonio en las actividades laborales de las Mujeres llegaba a intervenir de manera directa en las labores de las Mujeres, ya que muchas de ellas, con carácter previo al matrimonio, desarrollaban actividades de criadas hasta el momento en que se casaban, lo que implicaba un aprendizaje previo a sus actividades como casadas. Igualmente, las Mujeres solteras debían pensar en la eventualidad de tener que abandonar el empleo en el evento de la maternidad, ya que se le otorgaba el tiempo para el cuidado del hijo, no se reconocía ninguna suma de dinero durante este periodo.²³

Wikander igualmente establece que en el ámbito de las tareas agrarias las diferencias entre casadas y solteras no eran tan evidentes. En efecto, en la granja, la sirvienta hacía las mismas actividades que el ama de casa, lo que no se tenía claro era los periodos de tiempo de trabajo, ya que como vivían en las granjas las jornadas laborales eran extenuantes.

Pero parece que este planteamiento que es eminentemente histórico pareciera que ha dejado huellas dentro de nuestra sociedad actual, que ha replicado los estereotipos sociales y culturales en algunos aspectos en nuestras sociedades.²⁴

Con la pandemia se evidencio la cantidad de trabajo de cuidado que la mujer se vio obligado a realizar, en el Informe de la Cepal en el 2020, se traza que si bien es cierto las mujeres previo a la pandemia eran quienes en mayor medida realizaban trabajo de cuidado remunerado y no remunerado, en época de pandemia este trabajo se ha incrementado agudizando las desigualdades de género, sumado a que las mujeres debieron realizar triple carga labora, de cuidado, de educación con los hijos y de teletrabajo.

²² Wikander, Ulla. 2016. *De criada a empleada. Poder, sexo y división del trabajo (1789-1950)*. Madrid, España: Editorial Siglo XXI de España Editores.

²³ Wikander, Ulla. 2016. *De criada a empleada. Poder, sexo y división del trabajo (1789-1950)*. Madrid, España: Editorial Siglo XXI de España Editores.

²⁴ Vargas, Y. *Reconocer el Trabajo de Cuidado en Colombia: una deuda Histórica con las Mujeres*. Revista Jurídica del Trabajo. Vol.6 Núm.6, 2021.

7. Se requieren normas con contexto de género para volver a la normalidad

Con la Pandemia se establecieron nuevas formas de trabajar, ya que con las cuarentenas prolongadas se requirió para continuar laborando la deslocalización de los puestos de trabajo, lo que conllevó a que la gran mayoría de países incentivaran el teletrabajo, y los que no tenían normas al respecto, las expidieron, por lo que empezaron a proliferar normas frente al Teletrabajo, Trabajo Remoto y Trabajo en Casa.

Entre los países que ya contaban con norma sobre Teletrabajo se encuentran: Colombia que desde el 2008 había expedido la Ley 1221 del 2008; lo mismo que Perú que desde el 2015 ya tenía norma de teletrabajo mediante la Ley 30.036, reglamentada por el Decreto Supremo No. 009 -2015T sumado a que mediante el Decreto de Urgencia No. 026 del 2020 Perú reglamentó el Trabajo Remoto; y Brasil que mediante la Ley No. 13.467/2017 realizó la adición del artículo 75 a la Ley Laboral.

Otros países debieron implementarlas, México, debió reformar la Ley Federal del Trabajo en su artículo 330 A para reglamentar el Teletrabajo, como también lo haría Chile mediante la Ley 21220 del 2020 donde se modifica el Código de Trabajo en materia de trabajo a distancia diferenciándolo del Teletrabajo y Uruguay incorporará el teletrabajo a través de la Ley No.19978 del 2021 Reglamentada por el Decreto No. 86/022.

Pero dichas normas, no se establecen desde el contexto de género lo que conllevó a que los Estados ignoraran la realidad que estaban viviendo las mujeres, que además de trabajar en trabajos de cuidado, educación de menores hijos ahora debían teletrabajar, en las mismas condiciones de quienes no desarrollaban trabajo de cuidado.

Tan solo un año después de vivir en Pandemia algunos países comenzaron a evidenciar que junto al Teletrabajo, Trabajo en Casa y Trabajo Remoto existía el Trabajo de cuidado no remunerado, por lo que normas como las de Argentina frente a la reglamentación del Teletrabajo (Ley 27.555 del 2021-

Reglamentado Decreto 27/2021) incluye las tareas de cuidado, en el entendido de que quien ejerza el teletrabajo pero a la vez ejerza tareas de cuidado, “tendrá derecho a horarios compatibles con las tareas de cuidado a su cargo y/o a interrumpir la jornada.” (Artículo 6) Igual planteamiento asumirá Colombia en la norma de Trabajo Remoto (Artículo 24 de la Ley 2121 del 2021)

Otro aspecto, que será importante, para las Mujeres dentro de estas nuevas normas que reglamentan estas nuevas formas de trabajo, será también el Derecho a la Desconexión que se encuentra fuertemente ligado al Derecho a conciliar la vida personal Familiar y laboral.

Si bien con estos reconocimientos en cuanto a la compatibilidad de los horarios de trabajo con los de cuidado, a la interrupción de la jornada laboral, o al derecho a la desconexión planteándose la conciliación de la vida personal familiar y laboral, no se hace un gran avance para equiparar las cargas laborales de las Mujeres, pero, al menos es un reconocimiento de que existen condiciones laborales diferentes entre hombres y mujeres. Esto, lleva a pensar, que se requiere que al momento de reglamentar estas nuevas formas de trabajo que se incorpore el contexto de género, ojalá con mucho más reconocimiento de derechos hacia la Mujer.

8. Llamamiento a la acción de los organismos internacionales centrada en las mujeres

Ahora más que nunca se debe pensar en la Mujer dentro del contexto de vivir, sentir y trabajar siendo Mujer, y espero no equivocarme hacia allá se están dirigiendo los Organismos Internacionales. La Cepal en su Sexagésima Reunión de la Mesa Directiva de la Conferencia Regional sobre la Mujer de América Latina y el Caribe lleva a cabo el 25 de febrero del 2021 señala que dentro de los aspectos importantes para salir de la crisis generada por la Pandemia del Covid-19, la construcción de una sociedad del cuidado, ya que considera que la economía del cuidado podrá ser un sector dinamizador de la recuperación, que favorecerá la redistribución del tiempo y los ingresos, aumentara la participación de la mujer en el mercado laboral, lo que conlleva crecimiento económico y

recaudación tributaria. Sumado a que se establece que se debe impulsar la inclusión digital de las mujeres, todo ello, para una recuperación igualitaria y sostenible.²⁵

Por su parte la OIT en la 109ª. Conferencia Internacional del Trabajo, hace un llamamiento mundial a la acción centrada en las personas de la crisis causada por la Covid-19, señalando que dicha acción debe ser inclusiva, sostenible y resiliente con trabajo decente para todos.²⁶ La OIT hace en este llamado a la acción, que debe ser para las personas más vulnerables y más afectadas por la pandemia, con lo que, sin lugar a duda, se plantea que sea para las Mujeres con lo que se propone:

empleo pleno, productivo y libremente elegido y el trabajo decente, las necesidades de las personas más vulnerables y más afectadas por la pandemia, y el apoyo a las empresas sostenibles, el empleo y los ingresos en el núcleo de estrategias con una perspectiva de género, destinadas a construir mejor para el futuro después de la crisis y adaptadas a situaciones específicas, teniendo plenamente en cuenta las circunstancias y las prioridades nacionales, entre otras cosas trabajando para:

- a. Crecimiento económico y empleo inclusivo
- b. Protección de todos los trabajadores
- c. Protección social universal
- d. Diálogo social.²⁷

Sumado a lo anterior, en la Cumbre de las Américas Celebrada el 13 de junio del 2022 se determinó por parte del Secretario General de la Organización de Estados Americanos OEA, Luis Leonardo Almagro, un llamado a la creación

²⁵ CEPAL. 2021. *La plena inclusión digital de las mujeres y la construcción de una sociedad del cuidado son indispensables para una recuperación igualitaria y sostenible.* <https://www.cepal.org/es/comunicados/la-plena-inclusion-digital-mujeres-la-construccion-sociedad-cuidado-son-indispensables>.

²⁶ OIT. 2021. *Llamamiento mundial a la acción. Para una recuperación centrada en las personas de la crisis causada por la COVID-19 que sea inclusiva, sostenible y resiliente.* https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_806097.pdf.

²⁷ OIT. 2021. *Llamamiento mundial a la acción. Para una recuperación centrada en las personas de la crisis causada por la COVID-19 que sea inclusiva, sostenible y resiliente.* https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_806097.pdf.

de un nuevo tratado global para poner fin a la violencia contra las mujeres y las niñas.

Si bien es cierto, el presente artículo tiene referencia exclusiva con aspectos de mujer y trabajo, no se puede desconocer que la violencia generalizada que sufren las mujeres y las niñas, y que se exacerbó en época de pandemia, requiere ser tratado, máxime cuando muchas veces las Mujeres deben laborar en entornos violentos o con violencia hacia sus hijas.

De acuerdo a la Organización Mundial de la Salud, una de cada tres mujeres en el mundo es víctima de la violencia.²⁸ Debido a lo anterior, se requiere el compromiso de todos en la eliminación de las violencias contra las Mujeres por lo que desde la OEA se está planteando la creación de un nuevo tratado global para poner fin a la violencia, así lo señala el Secretario General de la OEA:

Tenemos la responsabilidad de promover y proteger los derechos fundamentales de las mujeres y las niñas en toda su diversidad, el derecho de cada individuo a estar libre de todas las formas de violencia y debemos comprometernos a promover urgentemente un nuevo tratado global autónomo para poner fin a violencia contra las mujeres y las niñas.

Como podemos evidenciar los Organismos internacionales como la ONU, OIT y la OEA, están redefiniendo sus posiciones frente a la protección y reconfiguración de las Mujeres en la Sociedad, máxime cuando requerimos salir mejores personas de esta crisis sanitaria y económica, para construir una sociedad más equitativa, más garante, más igualitaria, más inclusiva y más feminista.

9. Conclusiones

Los últimos años la Pandemia generada por el Covid-19 nos ha puesto a prueba como sociedad, dentro de las grandes afecciones se encuentran: la crisis sanitaria y económica que se ha generado a nivel mundial, con la consecuente pérdida de empleos, pero a quien más afecta es a las Mujeres y a los jóvenes.

²⁸ OMS. 2021. *La violencia contra la mujer es omnipresente y devastadora: la sufren una de cada tres mujeres.* <https://www.who.int/es/news/item/09-03-2021-devastatingly-pervasive-1-in-3-women-globally-experience-violence>.

En América Latina se está viviendo una contracción de la economía, que ha lleva a que las Mujeres retrocedan en 10 años, en aspectos tan importantes como la incorporación al mercado laboral y en el reconocimiento de sus derechos.

Cuando las Mujeres se incorporan al mercado laboral, no lo hacen en las mismas condiciones que los hombres, ya que las mujeres deben enfrentar la segregación horizontal o llamados “pisos pegajosos”, segregación que hace que las mujeres solo realicen actividades feminizadas como los servicios generales, comercio, trabajo doméstico o trabajado de cuidado.

Otra segregación a la que se ven expuestas las Mujeres en el mundo del trabajo es la segregación vertical o llamada “techos de cristal”, que es la segregación que no permite a las mujeres acceder a cargos directivos, y aunque se ha pretendido erradicar dichas barreras solo el 2% de las mujeres a nivel mundial acceden a un cargo de presidente ejecutivo.

Otro aspecto, a tenerse en cuenta, en el mercado laboral es la brecha salarial que, según el Foro Económico Mundial, para llegar a la verdadera paridad salarial se requieren 267,6 años, aun cuando a nivel internacional la OIT y la ONU han incentivado mecanismos para poder acceder a la paridad salarial entre hombres y mujeres, pero, aun así, no se ha logrado.

Se pudo evidenciar en el presente artículo como la división sexual del trabajo afecta a las mujeres en su incorporación, permanencia y retiro de la vida laboral. Ya que, la división sexual del trabajo le impone a la mujer las tareas de cuidado y al hombre le plantea la situación de proveedor del hogar.

La división sexual del trabajo ha afectado a las Mujeres en sus condiciones laborales como personales, ya que no es lo mismo estar casada o estar soltera dentro del mercado laboral, aspectos históricos y culturales que hasta la actualidad impactan a las Mujeres en el mundo del trabajo.

Viendo la realidad vivida por las Mujeres en el mundo del trabajo se hace necesario desarrollar por parte de los Estados normas que se planteen con contexto de género, situación que no se planteó en las normas de Teletrabajo, Trabajo Remoto y Trabajo en Casa en época de Pandemia.

Ahora más que nunca se requiere reconocer el trabajo de cuidado, las desventajas que el sistema económico impone a las mujeres en el trabajo, con las brechas, reconocer que las Mujeres fueron quienes más aportaron en la recuperación económica en pandemia y ahora en pos-pandemia. Por lo que se está haciendo un llamado a la Acción de los Organismos Internacionales centrada en las Mujeres así lo señala Naciones Unidas, OIT y la OEA.

Bibliografía

- DÍAZ, I., VERJÁN, R. y CASTREJÓN, B. (2014). “Estereotipos de género y turismo: análisis cualitativo del “suelo pegajoso” en hoteles de 4 y 5 estrellas en Tijuana México”. *Revista Turismo y Desarrollo Local*, 7(17), 1-14.
- OMS (2021). *La violencia contra la mujer es omnipresente y devastadora: la sufren una de cada tres mujeres*. <https://www.who.int/es/news/item/09-03-2021-devastatingly-pervasive-1-in-3-women-globally-experience-violence>
- PRIETO, C. (2015). *Trabajo de Cuidado, tiempo libre y relaciones de género en la sociedad española*. Madrid, Ediciones Cinca.
- VARGAS, Y. (2021). Reconocer el Trabajo de Cuidado en Colombia: una deuda Histórica con las Mujeres. *Revista Jurídica del Trabajo*. Vol.6 Núm.6.
- 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

- AMNISTÍA INTERNACIONAL (2020). *La pobreza tiene género*. <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/blog/historia/articulo/la-pobreza-tiene-genero/>
- CEPAL (2002). *Informe Especial Covid.19 Respuesta. La autonomía económica de las mujeres en la recuperación sostenible y con la igualdad*. No. 9. https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/46633/5/S2000740_es.pdf
- CEPAL (2020). *La Pandemia del Covid- 19 Profundiza la crisis de los cuidados en América Latina y el Caribe*. <https://n9.cl/2w70l>
- CEPAL (2020). *Estudio Económico de América Latina y el Caribe*. https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/46070/89/S2000371_es.pdf.
- CEPAL (2021). *La Pandemia del Covid-19 generó un retroceso de más de una década en los niveles de participación laboral*.

<https://www.cepal.org/es/comunicados/la-pandemia-covid-19-genero-un-retroceso-mas-decada-niveles-participacion-laboral>.

CEPAL (2021). *La autonomía económica de las mujeres en la recuperación sostenible y con igualdad*. https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/46633/5/S2000740_es.pdf.

CEPAL (2021). *La plena inclusión digital de las mujeres y la construcción de una sociedad del cuidado son indispensables para una recuperación igualitaria y sostenible*. <https://www.cepal.org/es/comunicados/la-plena-inclusion-digital-mujeres-la-construccion-sociedad-cuidado-son-indispensables>.

DABLA-NORRIS, E & KOCHHAR, K. (2020). *Las Mujeres y el Crecimiento Económico. Fondo Monetario Internacional-FMI*. <https://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/spa/2019/03/pdf/fd0319s.pdf>.

DANE (2022). *Mercado Laboral según sexo*. <https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/mercado-laboral/segun-sexo>.

INE (2022). *Actividad, Empleo y Desempleo diferencial abril 2022*. https://www.ine.gub.uy/web/quest/actividad-empleo-y-desempleo/-/asset_publisher/zdPWZVbo5Dlc/content/actividad-empleo-y-desempleo-diferencial-abril-2022/maximized?_101_INSTANCE_zdPWZVbo5Dlc_redirect=%2Fweb%2Fquest%2Factividad-empleo-y-desempleo.

INEI (2022). *Estadísticas con enfoque de Género*. <https://m.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/boletines/02-informe-tecnico-enfoque-de-genero-ene-feb-mar-2022.pdf>.

INEGI (2022). *Indicadores de Ocupación y Empleo abril de 2022*. https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2022/iooe/iooe_2022_05.pdf.

OISS (2019). *Medidas Compensatorias de los Cuidados no remunerados en los Sistemas de Seguridad Social en Iberoamérica*. <https://oiss.org/wp-content/uploads/2019/03/OISS-2019-Medidas-compensatorias-de-los-ciudadanos-no-remunerados-res.-baja.pdf>.

- OIT (2019). *Informe sobre las mujeres en la gestión empresarial: argumentos para un cambio.* https://www.ilo.org/global/publications/books/WCMS_700977/lang--es/index.htm.
- OIT (2020). *Observatorio de la OIT: La COVID-19 y el mundo del trabajo. Quinta edición Estimaciones actualizadas y análisis.* https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/briefingnote/wcms_749470.pdf.
- OIT (2020). *Informe Mundial Sobre Salarios 2020-2021.* https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_762645/lang--es/index.htm.
- OIT (2021). *Llamamiento mundial a la acción. Para una recuperación centrada en las personas de la crisis causada por la COVID-19 que sea inclusiva, sostenible y resiliente.* https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_806097.pdf.
- OIT (2022). *Nota Técnica. Serie Panorama Laboral en América Latina y Caribe: Políticas de Igualdad de Género y mercado de trabajo durante la Pandemia.* https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_838520.pdf.
- ONU (2019). *LOS ODS EN ACCION.* https://www.undp.org/sustainable-development-goals?utm_source=EN&utm_medium=GSR&utm_content=US_UNDP_Paid_Search_Brand_English&utm_campaign=CENTRAL&c_src=CENTRAL&c_src2=GSR&qclid=EA1a1QobChMI0rq5Yy9-AIVdPDjBx3Y9AXVEAAYAiAAEgKliPD_BwE.
- ONU MUJERES (2021). *Ley de Teletrabajo un análisis desde el enfoque de género en Argentina y la UE, Programa “Ganar- Ganar: Igualdad de género es un buen negocio.* https://lac.unwomen.org/sites/default/files/Field%20Office%20Americas/Documents/Publicaciones/2021/10/ONU%20Mujeres%20Argentina_Analisis%20ley%20del%20teletrabajo%20WEB.pdf.

WORLD ECONOMIC FORUM (2022). *6 Datos sorprendentes sobre la brecha salarial entre hombres y mujeres en el mundo.*
<https://es.weforum.org/agenda/2022/03/6-datos-sorprendentes-sobre-la-brecha-salarial-entre-hombres-y-mujeres-en-el-mundo/>.

**EL NUEVO DERECHO DEL MERCADO LABORAL. ALIANZAS
CREATIVAS ENTRE ESTADO, SINDICATO Y EMPRESA PARA
COMBATIR LA EXCLUSIÓN SOCIAL**

**THE NEW LABOR MARKET LAW. CREATIVE ALLIANCES
BETWEEN THE STATE, THE UNION AND THE COMPANY TO
COMBAT SOCIAL EXCLUSION**

Luiz Carlos Amorim ROBORTELLA

Presidente de la Academia Brasileña de Derecho del Trabajo. Doctor en Derecho, Universidad de São Paulo, Brasil. Profesor de la Facultad de Derecho Mackenzie - São Paulo (1974-1995). Profesor Titular de la Facultad de Derecho FAAP - São Paulo (2000-2008). Miembro número 29 de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y Seguridad Social.

luiz.carlos@robortella.com.br

Fecha de envío: 29/06/2022

Fecha de aceptación: 02/08/2022

EL NUEVO DERECHO DEL MERCADO LABORAL. ALIANZAS CREATIVAS ENTRE ESTADO, SINDICATO Y EMPRESA PARA COMBATIR LA EXCLUSIÓN SOCIAL

Luiz Carlos Amorim ROBORTELLA

Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y Seguridad Social

Resumen: El autor analiza el nuevo derecho del mercado laboral, las alianzas creativas entre Estado, sindicato y empresa para combatir la exclusión social, y enfatiza en la responsabilidad social de la empresa, asumiendo un rol importante en la protección de los derechos humanos en el trabajo.

Palabras clave: Mercado laboral - Sindicato - Empresa - Exclusión social

Sumario: 1. Introducción. 2. Plataformas y teletrabajo. 3. Figuras ambiguas. 4. Responsabilidad social de la empresa. 5. Alerta ética. Alerta financiera. 6. Auditoría y prevención. 7. Cumplimiento y cadena productiva. 8. Conclusiones.

Abstract: The author analyzes the new law of the labor market, the creative alliances between the State, the union and the company to combat social exclusion, and emphasizes the social responsibility of the company, assuming an important role in the protection of human rights at work.

Key words: Labor market - Union - Company - Social exclusion

Summary: 1. Introduction. 2. Platforms and teleworking. 3. Ambiguous figures. 4. Corporate social responsibility. 5. Ethical alert. Financial alert. 6. Audit and prevention. 7. Compliance and production chain. 8. Conclusions.

1. Introducción

Como dijo el Conde de Richmond (Ricardo III, Shakespeare) a los soldados: “El tiempo es corto y no es el momento para grandes discursos... ¡desplieguen sus estandartes y levanten sus valientes espadas! ¡Suenen los tambores y las trompetas con ánimo y coraje!”.

Vivimos tiempos oscuros de guerra en Europa, con el bombardeo de ciudades, soldados y civiles muertos y heridos.

En las guerras mundiales del siglo XX murieron trabajadores de todas las clases sociales, como mueren hoy rusos y ucranianos.

La matanza en las trincheras de la Primera Guerra reveló al mundo el urgente derecho de los trabajadores a participar en las organizaciones internacionales y así nació la OIT.

Esperemos que esta nueva guerra europea, en pleno siglo XXI, al provocar un reflujo en el movimiento de globalización, con un enorme impacto político, económico, social y humanitario, nos lleve por nuevos caminos en la protección de los trabajadores, que deben marcar el futuro del derecho del trabajo.

2. Plataformas y teletrabajo

Estamos conectados a la economía digital como inversores, trabajadores y consumidores.

En realidad, todos somos consumidores “lato sensu” de las plataformas digitales, a través de las cuales invertimos, producimos, trabajamos y consumimos.

La pandemia del coronavirus potenció el teletrabajo y creó nuevas formas de vida familiar y profesional.

Las nuevas tecnologías generan trabajo nacional e internacional, es decir, exportan mano de obra, con un gran impacto en los flujos migratorios (Thibault Aranda, 2001).

La contratación y la prestación de servicios pueden ocurrir en dos, tres o más países. Seguramente surgirán conflictos legales para la definición de la normativa aplicable al trabajador.

En el ámbito social, el desnivel de ingresos entre las economías puede conducir a una reducción global de los salarios (Goldin, 2019).

La automatización y la digitalización están destruyendo empleos en muchos sectores, especialmente en servicios.

En Estados Unidos se corre el riesgo de perder casi la mitad de los empleos. En la OCDE, cerca del 60% de los empleos son susceptibles de automatización. Las funciones de operarios, cajeros y conductores pueden extinguirse en los próximos años (Ramírez, 2019).

3. Figuras ambiguas

La nueva tecnología trastorna la idea de establecimiento, horario y subordinación. Los empleados son más autónomos y los autónomos son más subordinados.

Por otra parte, existe una intensa telesubordinación y control de descansos y horarios, lo que exige un derecho a la desconexión.

La paradoja autónomo-subordinado y subordinado-autónomo crea un dilema dogmático para el derecho del trabajo.

Hay figuras ambiguas: autónomo exclusivo, autónomo dependiente, microempresario, teletrabajador, trabajador eventual, precario, temporal, intermitente, etc.

Desde hace varias décadas se conocen los trabajadores parasubordinados y autónomos con fragilidad contractual (Oliveira, 2007).

La economía digital ofrece una mayor autonomía en el trabajo, es decir:

- a) libertad de jornada y horario;
- b) menor desplazamiento físico;
- c) adaptación al ritmo individual;
- e) mayor convivencia familiar;
- f) reducción del coste de la empresa;

g) aumento (no en todos los casos) de la productividad;
h) inclusión de personas con discapacidad física, mujeres embarazadas y personas mayores.

Pero hay desventajas:

- a) aislamiento social y profesional;
- b) hiperindividualismo y vínculo frágil con la empresa;
- c) dificultad en la acción sindical (a pesar de la tendencia a asambleas en línea);
- d) promiscuidad entre el trabajo y la familia;
- e) menor protección de los secretos comerciales;
- f) jornadas extenuantes y mayor riesgo de síndrome de desgaste profesional (burnout);
- g) incremento de costes para el trabajador.

Esto demuestra que el desarrollo científico y tecnológico no es suficiente. El derecho no se basa en la ética de los resultados, sino principalmente en la ética de los valores.

Es cierto que los consumidores ganan al simplificar sus vidas y reducir los costes. Ganan los que tienen capital intelectual y financiero. Pero los trabajadores están perdiendo (Ramírez, 2019).

Por eso mismo, necesitamos reducir la informalidad y la pobreza que caracterizan a esta nueva clase social: el “precariado”.

La situación empeoró con la pandemia, que requirió una fuerte intervención del Estado para garantizar empleo, trabajo e ingresos a millones de personas.

Ya se acepta crear una Renta Básica Universal, un verdadero tabú ideológico/económico.

A nuestro juicio, tales fenómenos ocurren, entre otras razones, porque la legislación laboral sufre una crisis de identidad o “crisis de inclusión” (Goldin, 2019)

La composición de intereses divergentes legítimos es difícil.

El Estado quiere recaudar fondos para financiar la política social. Los inversores exigen rentabilidad sobre el capital. El consumidor busca precios más bajos. El trabajador lucha por un salario más alto.

Esta combinación (o falta de combinación) de factores está dando lugar a lo que en el futuro podría denominarse “derecho del mercado de trabajo”, que expande las fronteras objetivas y subjetivas del actual derecho.

En efecto, las nuevas realidades requieren mecanismos jurídicos laborales que protejan a los excluidos y, en el trabajo formal, atiendan a los ciclos variables de la vida productiva del trabajo.

Como se sabe, las más diversas situaciones pueden marcar la vida profesional: empleo, desempleo, trabajo autónomo, informal, precario, intermitente, microemprendimiento, recalificación, etc., que generan vulnerabilidad económica y social.

Las reformas laborales europeas y latinoamericanas han generado una revisión de principios, técnicas y valores del derecho del trabajo, pero centradas básicamente en la figura del empleado.

Es cierto que en España hubo una contrarreforma, pero, parafraseando a PASCAL, lo que es verdad hasta los Pirineos, es un error más allá de ellos.

Las reformas avanzan hacia la ampliación de los poderes de gestión empresarial, flexibilizando las reglas de modificación contractual y despido individual o colectivo. Por otro lado, prometen dinamizar el mercado laboral, generar más puestos de trabajo, promover la educación y calificación de la mano de obra y garantizar ingresos.

Este modelo, en sus diversas facetas, se inspira en la controvertida flexiguridad, concepto creado en los países nórdicos, con mayor énfasis en Dinamarca.

La política social contemporánea debería redistribuir la protección otorgada al empleo clásico a fin de extender los derechos también a los trabajadores vulnerables, con la debida graduación.

La economía moderna ya no tiene espacio para la protección solo del empleado clásico y la acumulación permanente de derechos irreversibles (estabilidad, función, salario, etc.).

La informalidad es producto de la protección legal de los empleados frente a otros trabajadores, que son invisibles, exiliados en su propio país.

La cuestión social de nuestro tiempo es inclusión versus exclusión.

El sistema actual excluye a la mayoría, como se puede ver en los alarmantes índices de Brasil, en números aproximados:

Población ocupada - 100.000.000

Empleados públicos - 6.000.000

Empleados - 38.000.000

Desempleados - 11.000.000

Informales - 37.000.000

Desalentados - 6.000.000

¿A quién benefician las leyes y los sindicatos?

El derecho del trabajo recuperará funcionalidad, racionalidad y eficiencia cuanto más se vuelva hacia la protección de los trabajadores excluidos.

Desde 1986, los agentes comerciales en la Unión Europea se benefician de unas reglas protectoras en materia de remuneración y rescisión de contrato. En Brasil existe una ley especial para los representantes comerciales autónomos, junto con las reglas del Código Civil destinadas a los prestadores de servicios.

La ley española nº 20/2007 ofrece a los trabajadores autónomos dependientes varios derechos típicamente laborales, como la negociación colectiva, la jornada laboral y las vacaciones.

En definitiva, es necesario garantizar a todas las personas que trabajan derechos humanos fundamentales, como la no discriminación, la jornada laboral, el descanso, la salud, la seguridad, el salario mínimo y la negociación colectiva.

La protección de los excluidos es uno de los desafíos de este nuevo derecho del mercado laboral, que introduce un proteccionismo activo y dinámico, requiriendo alianzas creativas entre el Estado y los aliados sociales.

Los cinco ejes estratégicos para lograr este objetivo son:

- a) ley con derechos fundamentales colectivos e individuales mínimos inderogables, válidos para todos los trabajadores, estén o no empleados;

- b) ley con derechos sociales y económicos mínimos para todos los trabajadores, sujetos a flexibilidad y adaptación a través de la libre negociación colectiva o, en el caso de los trabajadores de alta calificación y altos ingresos, negociación individual;
- c) facultad de negociación colectiva restringida o plena; la negociación plena implica la creación de normas, su gobierno y resolución de conflictos a través de los propios aliados sociales, con intervención estatal únicamente residual, si es necesario;
- d) prevalencia de la negociación colectiva (o individual, en los casos especiales) sobre las normas legales derogables;
- e) autorregulación de las empresas a través de códigos de conducta.

En este modelo, la protección no se basa preponderantemente en la fuerza de la ley, en la vigilancia y actuación de los agentes públicos ("hard law").

Muchos agentes estatales imaginan que tienen el monopolio del saber jurídico y el dominio de las técnicas de protección, despreciando la importancia de las entidades colectivas, la fuerza de los consumidores y de los códigos de conducta de las empresas.

El derecho del trabajo (o derecho del mercado de trabajo) debe funcionar como un instrumento de política social y económica a través de un equilibrio entre "hard law" y "soft law".

La negociación colectiva y los códigos de conducta corporativos son fórmulas de "soft law".

Las normas de protección derogables, sin carácter de orden público, pueden ser moduladas y redistribuidas para los atípicos según la naturaleza y los riesgos del trabajo, la edad, las cargas familiares y la vulnerabilidad social (Robortella, 1994).

La protección tendrá en cuenta todos estos factores y no sólo el grado de subordinación, que es cada vez más anacrónico.

La ley debe ser útil a la sociedad. Cuando sólo se aplica a las minorías, se vuelve inválida, injusta e ineficaz.

Necesitamos un "workfare state".

4. Responsabilidad social de la empresa

La economía social de mercado contemporánea añade dos valores esenciales: la salud y el medio ambiente.

El capitalismo debe estar en armonía con la naturaleza y la sociedad humana.

La verdadera riqueza de las naciones se mide por el respeto a la naturaleza, los derechos humanos y la ética en los negocios.

El capitalismo necesita controlar las ganancias a toda costa.

En el capitalismo colaborativo, la empresa necesita generar valor para los inversores, trabajadores, proveedores, consumidores y la comunidad.

Es un capitalismo de “stakeholders”, con valores sociales y políticos que van mucho más allá del mero interés del inversor (“shareholder”). Se está adoptando el denominado estándar ESG como criterio de inversión en el mercado de capitales.

Brasil está en la lista de los 25 países más dedicados a este tema entre marzo de 2021 y febrero de 2022¹.

El estándar ESG constituye el núcleo del capitalismo colaborativo. Aumenta el patrón de socialización de la empresa para atender a los diversos intereses concentrados en ella, incluso de los consumidores.

Hace visible la faceta institucional al ampliar las obligaciones con la sociedad. Va más allá del mero gobierno corporativo. Propone una postura cívica que incide en la misma concepción jurídica de empresa.

Para evitar la mera ética mercadológica (“markethics o marchétique”), el desempeño es medido por instituciones como el ISSB (“International Sustainability Standards Board”)².

En 2020, la Unión Europea creó la Taxonomía de Actividades Sostenibles, que clasifica los sectores de la economía según su impacto ambiental³.

¹ <https://valor.globo.com/empresas/esg/noticia/2022/02/21/entenda-o-que-e-esg-e-por-que-a-sigla-esta-em-alta-nas-empresas.ghtml>

² <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2022/02/empresas-nao-sabem-se-estao-indo-bem-ou-mal-na-agenda-esg.shtml>

³ <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/gvexecutivo/article/download/85510/80703>

Según consultoras internacionales, para el 2025, cerca del 60% de los fondos de inversión cumplirán el criterio ESG, es decir, U\$\$ 8,9 billones, así como alrededor del 80% de los inversores institucionales en sus operaciones⁴.

La ONU requiere que las instituciones financieras y de seguros cumplan con los estándares ESG en análisis de riesgo, crédito e inversión⁵.

La OIT cuenta desde 2006 con la “Declaración sobre Justicia Social para una Globalización Equitativa”, que propone evaluar las ventajas comparativas entre los países en los niveles de protección al trabajo.

La certificación ISO 26000, creada en 2010, mide la responsabilidad social corporativa, incluso con base en los convenios de la OIT.

En Francia, la RIODD, Réseau International de Recherche sur les Organisations et le Développement Durable, congrega a estudiosos de varios países.

En Brasil, el Banco Central emite desde 2014 resoluciones para la gestión de los riesgos climáticos, sociales y económicos en la actividad empresarial⁶.

Los propios consumidores exigen productos social y ambientalmente sostenibles, según una encuesta de 2001⁷.

Por lo tanto, no basta con que la empresa cumpla con las leyes. Ella debe limitarse a través de códigos internos que sean un verdadero compromiso, complementando el derecho estatal.

Las empresas que sacrifican los derechos humanos y atacan la naturaleza serán proscritas por los inversores.

Normas sobre trabajo infantil, análogo a la esclavitud, discriminación, acoso sexual, acoso moral, confidencialidad de datos, conflictos de intereses, fraudes corporativos son efectivas y autolimitantes.

5. Alerta ética. Alerta financiera

⁴ <https://valor.globo.com/empresas/esg/noticia/2022/02/21/entenda-o-que-e-esg-e-por-que-a-sigla-esta-em-alta-nas-empresas.ghtml>

⁵ <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/gvexecutivo/article/download/85510/80703>

⁶ <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/gvexecutivo/article/download/85510/80703>

⁷ <https://veja.abril.com.br/insights-list/a-nova-face-dos-negocios-o-impacto-do-esg-no-ambiente-empresarial-no-consumo-e-nas-financas/>

También se combate a la corrupción mediante transparencia extrafinanciera dirigida a la ética en los negocios.

El discurso de la ética está cada vez más presente en la sociedad frente a los casos de corrupción estatal y empresarial. Así se ha introducido la alerta financiera en los códigos de conducta.

En Brasil, la ley anticorrupción creó la responsabilidad de la persona jurídica junto a los administradores y abarca incluso a empresas tercerizadas.

Es un sistema de integridad, con denuncias internas y externas, códigos de conducta, auditoría y cumplimiento.

Esto requiere políticas detalladas, manuales de procedimientos internos y externos, gestión de riesgos y crisis, comunicación interna y externa, capacitación de los empleados, normas para los proveedores de servicios, evaluación, seguros, etc. Desde un punto de vista individual, revaloriza el llamado *whistleblower*.

Antes este término tenía un carácter peyorativo; cualquiera que denunciara a la empresa o a los compañeros de trabajo por prácticas ilegales o no éticas era calificado como “traidor” y, a menudo, despedido.

Pero hoy tenemos casos de recompensas de millones de dólares por denuncias internas de fraudes (Frierson, 1994).

Los códigos de conducta deben abordar expresamente el tema de la corrupción, que es un virus en la sociedad.

6. Auditoría y prevención

El aumento de la ganancia no puede provenir de actos de corrupción o de la violación de los derechos de los trabajadores.

La crisis mundial de 2008 mostró al mundo las flagrantes fallas de gobierno corporativo en grandes empresas.

Los sistemas de cumplimiento actuales están optando por la prevención de fraudes, sobre todo porque su exposición pública afecta la imagen de la empresa

Hay canales de denuncia e incentivos a la buena conducta, con un seguimiento continuo y real de las actividades (Ventura, 2018).

Este es el mensaje: los medios son tan importantes como el resultado y serán constantemente inspeccionados.

Sin embargo, todavía hay que superar problemas en los códigos de conducta: invasión de la privacidad, conflictos de intereses, informes falsos etc.

7. Cumplimiento y cadena productiva

En Brasil, el modelo anterior de tercerización, restringido a actividades secundarias, disuadía a las empresas de interferir en las condiciones de trabajo de los empleados de los proveedores de servicios, por temor a la responsabilidad laboral, lo que generaba el aislamiento de los trabajadores tercerizados.

La Ley 13.467/17 modificó este escenario, exigiendo el cuidado por parte del tomador del servicio con relación a la mano de obra tercerizada (artículo 4º-C de la Ley 6019/74). Garantiza idénticas condiciones de alimentación, transporte, atención médica, capacitación, salud y seguridad.

También son grandes los riesgos laborales de las plataformas ante las incertidumbres de los tribunales y la falta de regulación. Por ello, omiten y evitan controles y otorgamiento de beneficios.

El vacío legal es un incentivo perverso a la falta de protección y de normas de conducta empresarial.

8. Conclusiones

A - Estamos conectados a las plataformas digitales en nuestros diversos egos sociológicos: productores, trabajadores y consumidores.

B - Hay una gran volatilidad en el trabajo, con poca integración del trabajador e inestabilidad en la carrera.

C - Los consumidores, los inversores, los propietarios de capital intelectual están ganando, pero los trabajadores están perdiendo.

D - Hay una nueva clase social: el precariado.

E - En el capitalismo colaborativo, la empresa debe generar valor para todos: inversores, empleados, proveedores, consumidores y la misma comunidad.

F - La responsabilidad social de la empresa asume un papel importante en la protección de los derechos humanos en el trabajo. Los códigos de conducta significan pluralismo normativo, autorregulación y un derecho más flexible.

Termino con Antoine Lyon-Caen al escribir, con escepticismo crítico, que la responsabilidad social de la empresa puede significar una nueva regulación del capitalismo, pero también, paradójicamente, una interpretación capitalista de la regulación (Lyon-Caen, 2011).

Son tiempos difíciles que los juslaboralistas tendrán que afrontar con realismo y sin dogmatismo.

Bibliografía

- BULGUERONI, R. O. (2010). "Parassubordinação: origens, elementos, espécies e tutela". En: Mannrich, Nelson (coord.). *Reforma do Mercado de Trabalho. A experiência italiana*, Editora LTr.
- FIORAVANTE, T. M. (2010). "O papel da contratação coletiva de trabalho perante as novas tipologias contratuais no Direito Italiano". En: Mannrich, Nelson (coord.). *Reforma do Mercado de Trabalho. A experiência italiana*, Editora LTr.
- FRIERSON, J. G. (1994). "Preventing employment lawsuits", *Employment guide to hiring discipline and discharge*. The Bureau of National Affairs. Danvers.
- LAGHEZZA, M. I. (2019). "Migración y teletrabajo: impactos identitarios en la frontera digital". En: Arese, César et al. (dir.), *Nuevas tecnologías: presente y futuro del derecho del trabajo*, Santa Fé, Rubinzal-Culzoni.
- LYON-CAEN, A. (2011). *Droit Social*, Juillet.
- MARTÍNEZ GONZÁLEZ, A. (2008). "Internet y Contrato de Trabajo", *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en los Países Iberoamericanos e Italia, Actas del XVII Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Curitiba, Decisión Laboral.
- OIT (2010). "Laws or luck – Understanding rising formality in Brazil", Berg, Janine, *Working paper n.5*, ILO Office in Brazil.
- OLIVEIRA, M. C. S. (2007). "Subordinação jurídica: um conceito desbotado", *Revista de Direito do trabalho*, São Paulo, n. 126.
- PASQUERO, J. (2011). "Le RIODD ao coeur des défis de la SER". En: *La Responsabilité sociale de l'entreprise – Nouvelle régulation du capitalisme ?* Postel, Nicolas et al. (org.). Presses Universitaires du Septentrion: Villeneuve d'Ascq.
- PURCALLA BONILLA, M. A. (2009). *El trabajo globalizado: Realidades Y Propuestas*, España.
- RAMÍREZ, L. H. (2019). En Arese, César et al. (dir.), "Nuevas tecnologías: presente y futuro del derecho del trabajo", Santa Fé, Rubinzal-Culzoni.
- ROBORTELLA, L. C. A. (1994). *O moderno direito do trabalho*, São Paulo, LTr.

- ROMITA, A. S. (2010). “Os princípios do direito do trabalho ante a realidade”. *Revista LTr*, Vol. 74, nº09, setembro/2010.
- ROMITA, A. S. (2004). “A crise do critério da subordinação jurídica – necessidade de proteção a trabalhadores autônomos e parassubordinados”. *Revista LTr*. Vol. 68, nº11. Novembro/2004.
- SILVA, O. P. (2004). *Subordinação, autonomia e parassubordinação nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr.
- SPATTINI, S. (2009). “The Reform of Social Protection Systems and Flexicurity in a European Perspective”, obra coletiva, *The Modernization of Labour Law and Industrial Relations in a Comparative Perspective*, Kluwer Law International, Bruxelas.
- SUPIOT, A. (2016). *Au-delà de l’emploi: les voies d’une vraie réforme du Droit du Travail*, Flammarion, Paris.
- THIBAULT ARANDA, J. (2001). *El teletrabajo: análisis jurídico-laboral*, Colecciones Estudios. 2ª Edición actualizada. Madrid, CES.
- VENDRAMIN, P. y VALENDUC, G. (2000). *L’avenir du travail dans la société de l’information*, L’Harmattan, Paris.
- VENTURA, L. H. (2018). “A gestão moderna dos controles internos e o compliance”. *Juris Síntese*, n. 133. Editora Síntese. Porto Alegre, Jul/Ago.

Recursos electrónicos

- BERTÃO, N. (2022). Entenda o que é ESG e por que a sigla é importante para as empresas. (Publicado no site *Valor Econômico* em 21.02.22), <https://valor.globo.com/empresas/esg/noticia/2022/02/21/entenda-o-que-e-esg-e-por-que-a-sigla-esta-em-alta-nas-empresas.ghtml>.
- BETHÔNICO, T. (2022). Empresas não sabem se estão indo bem ou mal na agenda ESG. (Site *Folha de São Paulo* 26.02.22), <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2022/02/empresas-nao-sabem-se-estao-indo-bem-ou-mal-na-agenda-esg.shtml>.
- DUARTE, M. (2021). A Força do Consumidor. (Publicado no site *Revista Veja* em 19.04.2021), <https://veja.abril.com.br/insights-list/a-nova-face-dos->

[negocios-o-impacto-do-esg-no-ambiente-empresarial-no-consumo-e-nas-financas/](#).

GOLDIN, A. (2019). “El Derecho del Trabajo, hoy. Tendencias y desafíos”. En *El trabajo en la economía de plataformas*, Lucas Caparrós y Héctor García (coordinadores), Ed. Ediar, Buenos Aires, <https://www.researchgate.net/publication/341321837>.

LEE, Y. K. (2022). Marcos legais do ESG. (Publicado no site *Jota* em 18.04.22), <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/praticas-esg/marcos-legais-do-esg-18042022>.

MONZONI, M. y CARREIRA, F. (2022). O metaverso do ESG. *GV-EXECUTIVO*, v. 21, n. 1, <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/gvexecutivo/article/download/85510/80703>.

PACTO GLOBAL REDE BRASIL. ESG. (site *Pacto Global*), <https://www.pactoglobal.org.br/pg/esg>.

PLATAFORMAS DIGITALES Y EL DERECHO DEL TRABAJO: UN ANÁLISIS COMPARATIVO Y UNA GUÍA PARA EL FUTURO

DIGITAL PLATFORMS AND LABOR LAW: A COMPARATIVE ANALYSIS AND A GUIDE FOR THE FUTURE

Pamela A. IZVĂNARIU

LL.M., PhD (abd). Assistant Professor of Law and Sociology, University of Dayton, Ohio.

pizvanariu1@udayton.edu

Federico ROSENBAUM CARLI

Doctor en Derecho (PhD) del programa de Administración, hacienda y justicia en el Estado Social y Magíster (LLM) en Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Universidad de Salamanca, España. Profesor Adjunto de alta dedicación y Director de los Programas Académicos de las carreras de grado de Abogacía y Notariado, Universidad Católica del Uruguay. Investigador activo del Sistema Nacional de Investigadores (SNI-ANII). ORCID iD:

<https://orcid.org/0000-0003-1152-6561>.

federico.rosenbaum@ucu.edu.uy

Fecha de envío: 16/06/2022

Fecha de aceptación: 02/08/2022

PLATAFORMAS DIGITALES Y EL DERECHO DEL TRABAJO: UN ANÁLISIS COMPARATIVO Y UNA GUÍA PARA EL FUTURO

Pamela A. IZVĂNARIU

University of Dayton (Estados Unidos)

Federico ROSENBAUM CARLI

Universidad Católica del Uruguay (Uruguay)

Resumen: El presente trabajo analiza los desarrollos jurídicos recientes con respecto a la clasificación de los trabajadores que desarrollan su labor mediante plataformas digitales en la Unión Europea, España, Francia, Italia, los Estados Unidos, el Reino Unido, Uruguay y Chile y considera los problemas no resueltos. Al hacerlo, responde al llamado de LatCrit para expandir, conectar y comparar críticamente las luchas y los regímenes anti-subordinación al examinar los diversos enfoques que los tribunales y las legislaturas han adoptado para abordar estas cuestiones jurídicas y responder a los reclamos de justicia de los trabajadores. Además, después de proporcionar un breve análisis comparativo, ofrece recomendaciones. Partiendo de la teoría y la praxis de LatCrit, estas sugerencias pueden ayudar a orientar el trabajo de los tribunales y las legislaturas, así como de los académicos y profesionales, mientras navegan y construyen regímenes normativos que regulan el trabajo basado en plataformas.

Palabras clave: Plataformas digitales - Gig economy - Estados Unidos - Uruguay - Subordinación

Sumario: 1. Introducción. 2. La intervención de la justicia a nivel comparado. 2.1. Intervenciones a nivel regional. 2.1.1. El pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. 2.1.2. Propuesta de la Comisión Europea (CE) para una Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la mejora de las

condiciones de trabajo en el trabajo de plataformas. 2.2. Las sentencias de los Tribunales o Cortes Supremas a nivel comparado. 2.2.1. El caso Glovo: la sentencia del Tribunal Supremo (STS 2924/2020) del 25 de septiembre de 2020 en España. 2.2.2. El caso Uber: la sentencia de la Cour de Cassation (Núm. 374) del 4 de marzo de 2020 en Francia. 2.2.3. El caso Foodora: la sentencia de la Corte Suprema di Cassazione (Núm. 1663/20) del 24 de enero de 2020 en Italia. 2.2.4. El caso Uber: la sentencia de la Supreme Court (UKSC 2019/0029) del 19 de febrero de 2021 en el Reino Unido. 3. Las respuestas normativas y propuestas de *lege ferenda* a nivel comparado. 3.1. Las Leyes Núm. 2016-1088, 2018-771 y 2019-1428 en Francia. 3.2. Decreto-Legislativo Núm. 81 del 15 de junio de 2015 y Decreto-Ley Núm. 101 del 3 de septiembre de 2019 en Italia. 3.3. Real Decreto-ley 9/2021 del 11 de mayo de 2021 en España. 3.4. La Ley Núm. 5 del Estado de California y HB2076 de Washington en Estados Unidos. 3.4.1. La Ley Núm. 5 del Estado de California. 3.4.2. La medida electoral (*ballot*) “Yes on Prop 22” del Estado de California en Estados Unidos. 3.4.3. La medida electoral, HB2076 de Washington en Estados Unidos. 3.5. La intervención normativa en Uruguay: Decretos de las Juntas Departamentales de Montevideo y Maldonado, y proyecto de ley de regulación de los servicios prestados mediante el uso de medios informáticos y aplicaciones tecnológicas. 3.6. La Ley N° 21.431 del 11 de marzo de 2022 en Chile. 4. Análisis desde una perspectiva comparada. 5. LatCrit y una mirada hacia el futuro. 5.1. Conectar las luchas anti-subordinación. 5.2. Adoptar el realismo y la investigación doctrinal, interdisciplinaria y de abajo hacia arriba. 5.3. Una mirada hacia el sur. 5.4. Observaciones finales.

Abstract: This paper analyzes the recent legal developments regarding the classification of workers who carry out their work through digital platforms in the European Union, Spain, France, Italy, the United States, the United Kingdom, Uruguay and Chile and considers the problems not resolved. In doing so, it responds to LatCrit's call to critically expand, connect, and compare anti-subordination struggles and regimes by examining the various approaches that courts and legislatures have taken to address these legal questions and respond to the justice claims of workers. Additionally, after providing a brief comparative

analysis, it offers recommendations. Building on LatCrit theory and praxis, these suggestions can help guide the work of courts and legislatures, as well as academics and practitioners, as they navigate and build regulatory regimes that regulate platform-based work.

Key words: Digital platforms - Gig economy - United States - Uruguay - Subordination

Summary: 1. Introduction. 2. The intervention of justice at a comparative level. 2.1. Interventions at the regional level. 2.1.1. The pronouncement of the Court of Justice of the European Union. 2.1.2. Proposal of the European Commission (EC) for a Directive of the European Parliament and of the Council on the improvement of working conditions in platform work. 2.2. The judgments of the Tribunals or Supreme Courts at a comparative level. 2.2.1. The Glovo case: the judgment of the Supreme Court (STS 2924/2020) of September 25, 2020 in Spain. 2.2.2. The Uber case: the judgment of the Cour de Cassation (No. 374) of March 4, 2020 in France. 2.2.3. The Foodora case: the judgment of the Corte Suprema di Cassazione (No. 1663/20) of January 24, 2020 in Italy. 2.2.4. The Uber case: the judgment of the Supreme Court (UKSC 2019/0029) of February 19, 2021 in the United Kingdom. 3. The normative responses and proposals of lege ferenda at a comparative level. 3.1. Laws No. 2016-1088, 2018-771 and 2019-1428 in France. 3.2. Legislative Decree No. 81 of June 15, 2015 and Decree-Law No. 101 of September 3, 2019 in Italy. 3.3. Royal Decree-Law 9/2021 of May 11, 2021 in Spain. 3.4. Law No. 5 of the State of California and HB2076 of Washington in the United States. 3.4.1. California State Law No. 5. 3.4.2. The electoral measure (ballot) “Yes on Prop 22” of the State of California in the United States. 3.4.3. The ballot measure, HB2076 of Washington in the United States. 3.5. Regulatory intervention in Uruguay: Decrees of the Departmental Boards of Montevideo and Maldonado, and draft law regulating services provided through the use of computerized means and technological applications. 3.6. Law No. 21,431 of March 11, 2022 in Chile. 4. Analysis from a comparative perspective. 5. LatCrit and a look to the future. 5.1. Connect anti-

subordination struggles. 5.2. Embrace realism and doctrinal, interdisciplinary, bottom-up research. 5.3. A look to the south. 5.4. Final remarks.

1. Introducción

Las formas de trabajo de la denominada *gig economy*, han sido estructuradas organizativamente, en la mayoría de los casos, de manera tal de quedar formalmente alejadas del ámbito de aplicación normativo del Derecho del Trabajo. El diseño de los modelos empresariales está construido sobre la base de un discurso metódico y de una implementación formal que se sustenta en dos ideas centrales: la primera de ellas, relacionada con la naturaleza jurídica de la actividad de estas estructuras empresariales; y la segunda, vinculada con la relación jurídica que entablan el prestador del servicio subyacente y la propia plataforma digital.

Y sobre este último punto, existe una gran tentación de “cerrar el caso” proponiendo una re-calificación generalizada, dirigida a proteger a los trabajadores que participan en formas de empleo basadas en plataformas digitales. Sin embargo, esta podría ser una manera fácil de resolver la controversia de forma rápida y definitiva, pero la idea puede resultar equivocada, porque consiste en generalizar que todo el trabajo desarrollado mediante plataformas sea considerado como un falso trabajo por cuenta propia (falsos autónomos)¹.

En efecto, debe advertirse que no todas las plataformas digitales operan de la misma forma², “ni tampoco las prestaciones de servicios que se desarrollan en el marco de este tipo de empresas son en absoluto homogéneas”, aunque, sin embargo, tienen un denominador común, al utilizar internet y aplicaciones para conectar al usuario con el oferente de un bien o servicio³. Por su parte, las

¹ DE STEFANO, V. y ALOISI, A., *European legal framework for “digital labour platforms”*, Comisión Europea - Oficina de publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2018, p. 47. Disponible en https://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/bitstream/JRC112243/jrc112243_legal_framework_digital_labour_platforms_final.pdf.

² PRASSL, J. y RISAK, M., “Uber, Taskrabbit, & Co: Platforms as Employers? Rethinking the Legal Analysis of Crowdwork”, *Comparative Labour Law and Policy Journal*, No 8/2016, 2016, p. 1. Disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID2733003_code2511333.pdf?abstractid=2733003&mirid=1.

³ SERRANO, R., “Nuevas formas de organización empresarial: economía colaborativa -o mejor, economía digital a demanda-, trabajo 3.0 y laboralidad”, en RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y

plataformas digitales realmente pertenecientes a la economía colaborativa, serán en principio excluidas del alcance del Derecho del Trabajo, ya que suelen encuadrarse dentro de acciones voluntarias o trabajos amistosos y benevolentes⁴; mientras que las restantes, que se desarrollan de manera profesional, también tendrán sus características particulares que exigirán su adecuado estudio y encuadre jurídico, teniendo algunas de ellas un especial vínculo con el Derecho Laboral.

Pero, en definitiva, con lo que disponemos al día de hoy en cada ordenamiento jurídico, estas formas de empleo basadas en plataformas digitales analizadas bajo la óptica del Derecho Laboral encierran un problema de calificación jurídica, a partir del cual su resolución puede conducir en incluir determinada situación fáctica dentro del ámbito de aplicación y protección del ordenamiento jurídico laboral, o por el contrario, en excluirlo del mismo. El impulso para resolver estos dilemas de clasificación lo iniciaron los propios trabajadores, sobre todo los conductores basados en plataformas que trabajan para gigantes de la industria como Uber, Lyft y Glovo. En todo el mundo, estos trabajadores han protestado y se han organizado para llamar la atención sobre los salarios inferiores a los mínimos legales, las largas horas de trabajo, las malas condiciones laborales, así como las nulas protecciones que definen al sector. Los trabajadores han buscado ayuda en los tribunales y las legislaturas de todo el mundo, encabezando casos que alegan que las empresas basadas en plataformas los han clasificado erróneamente como contratistas independientes. Una interrogante que han intentado responder en gran medida diversos tribunales de justicia en todos los continentes, y que ha generado en el acierto o en el error, posiciones encontradas: por un lado, se entiende que dichas formas de prestación de trabajo son las propias de un trabajador independiente o autónomo (y por ende, se convalida tanto el modelo empresarial organizativo, como la inaplicabilidad de la protección del Derecho Laboral a estos

HERNÁNDEZ, M. (Dir.), *Economía colaborativa y trabajo en plataforma: realidades y desafíos*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2017, p. 25.

⁴ CALVO, F., "Uberpop como servicio de la sociedad de la información o como empresa de transporte: su importancia para y desde el derecho del trabajo", en RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y HERNÁNDEZ, M. (Dir.), *Economía colaborativa y trabajo en plataforma: realidades y desafíos*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2017, p. 372.

prestadores), y por otro lado, se interpreta que el trabajo prestado a través de las plataformas digitales, ingresa en la categoría típica del trabajador dependiente, extendiendo por ende, la tutela del Derecho del Trabajo a estos prestadores.

Para los trabajadores de plataformas de este sector, la forma en que los tribunales y las legislaturas responden a estas preguntas tiene consecuencias significativas. En muchos países, incluidos España, Estados Unidos⁵ y el Reino Unido⁶, los trabajadores clasificados como contratistas independientes no están cubiertos por las leyes de salario mínimo y horario máximo y se les niegan otros beneficios y protecciones de la ley laboral que disfrutaban los empleados. En los Estados Unidos, por ejemplo, los contratistas independientes no están cubiertos por las leyes de salario mínimo y horario máximo; no tienen derecho a formar sindicatos o a negociar colectivamente; tienen menos protecciones contra la discriminación, el despido injustificado y protecciones de denunciantes contra represalias. Gigantes de servicios de transporte como Uber, Lyft y Glovo gastaron varios años y miles de millones de dólares en litigios y legislación para garantizar que sus trabajadores fueran clasificados como contratistas independientes. Más recientemente, estas empresas han presionado por leyes laborales de tercera categoría. Estas leyes pretenden brindar a los trabajadores acceso a ciertos beneficios nuevos, pero prácticamente eximen a las empresas del deber de pagar el salario por todo el tiempo que laboren, así como tampoco se compele a cumplir con la normativa sobre salario mínimo.

Este artículo revisa los desarrollos legales recientes con respecto a las clasificaciones de trabajadores basadas en plataformas en la Unión Europea, España, Francia, Italia, los Estados Unidos, el Reino Unido, Uruguay y Chile y considera los problemas no resueltos. Al hacerlo, responde al llamado de LatCrit para expandir, conectar y comparar críticamente las luchas y los regímenes anti-

⁵ En los Estados Unidos, los contratistas independientes: no están cubiertos por las leyes de protección de los trabajadores, como las leyes sobre salarios y horarios, las leyes contra la discriminación y las leyes que brindan derechos de negociación colectiva; no recibe beneficios de desempleo cuando está temporalmente sin trabajo; no recibe compensación laboral cuando se lesiona en el trabajo; y son responsables de pagar la contribución total del impuesto sobre la nómina a los programas federales de Seguro Social y Medicare. IZVANARIU, P., *Matters Settled Not Resolved*.

⁶ U.K. Supreme Court Rules Uber Drivers Are Workers Entitled to Minimum Wage and Other Benefits and Not Independent Contractors, 2/23/2021 RIA-PAYGNL.

subordinación⁷ al examinar los diversos enfoques que los tribunales y las legislaturas han adoptado para abordar estas cuestiones legales y responder a los reclamos de justicia de los trabajadores. Además, después de proporcionar un breve análisis comparativo, ofrece recomendaciones. Partiendo de la teoría y la praxis de LatCrit, estas sugerencias pueden ayudar a orientar el trabajo de los tribunales y las legislaturas, así como de los académicos y profesionales, mientras navegan y construyen regímenes normativos que regulan el trabajo basado en plataformas.

2. La intervención de la justicia a nivel comparado

A nivel comparado, la justicia ha tenido que intervenir a la hora de dilucidar los problemas de calificación jurídicos antes aludidos, y por ende, se ha pronunciado tanto sobre la naturaleza de la actividad cumplida por las empresas propietarias de plataformas digitales, como sobre la naturaleza del vínculo jurídico entablado entre estas y los prestadores de los servicios subyacentes.

2.1. Intervenciones a nivel regional

2.1.1. El pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Uno de los casos más importante en esta materia se corresponde con el que fuera sometido a decisión del TJUE, cuya intervención se ha circunscripto a una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil Núm. 3 de Barcelona, con respecto a un procedimiento entre la Asociación Profesional Élite Taxi y Uber Systems Spain, S.L. El origen del conflicto estaba vinculado con una presunta práctica de competencia desleal de la empresa Uber, al evitar las limitaciones que el ordenamiento jurídico español le impone al servicio de

⁷ La anti-subordinación es un principio fundamental de LatCrit. El principio de anti-subordinación funciona bajo el supuesto de que la ley y las instituciones legales deben hacer todo lo posible para eliminar las condiciones que contribuyen al establecimiento de una subclase en la sociedad y elevar las posiciones sociales, económicas y políticas de los grupos subordinados. Además, considera la ley un mecanismo para reformar instituciones y prácticas que perpetúan el estatus secundario de grupos particulares. LatCrit, p. 31.

transporte de pasajeros no colectivo, destacándose entre ellas a la necesaria autorización previa y la concesión de licencia⁸.

Precisamente, en dicha ocasión el Tribunal ha debido calificar la naturaleza jurídica del servicio prestado por Uber, analizando si este se trata de un servicio de intermediación, que conecta mediante una aplicación de teléfonos inteligentes a un conductor no profesional que utiliza su propio vehículo con una persona que desea realizar un desplazamiento urbano; o si por el contrario, crea al mismo tiempo una oferta de servicios de transporte urbano, que hace accesible concretamente mediante herramientas informáticas. La sentencia se decanta por la segunda interpretación y concluye que “debe considerarse que este servicio de intermediación forma parte integrante de un servicio global cuyo elemento principal es un servicio de transporte”⁹.

La referida conclusión se deriva de la consideración de que un servicio como el controvertido en dicho litigio, no se limita a uno de intermediación consistente simplemente en conectar, mediante una aplicación para teléfonos inteligentes, a un conductor no profesional que utiliza su propio vehículo con una persona que desea realizar un desplazamiento urbano. En efecto, en el caso, se señala que el transporte de pasajeros lo ejecutan conductores no profesionales que utilizan su propio vehículo, mientras que el prestador de este servicio de intermediación crea al mismo tiempo una oferta de servicios de transporte urbano, que hace accesible concretamente mediante herramientas informáticas (mediante la aplicación), y cuyo funcionamiento general organiza en favor de las personas que desean recurrir a esta oferta para realizar un desplazamiento urbano en concreto.

Asimismo, el Tribunal ha explicado que el servicio de intermediación de Uber se basa en una selección de choferes no profesionales que utilizan su propio vehículo, a los que esta empresa les proporciona una aplicación, sin la cual, por un lado, estos conductores no estarían en condiciones de prestar servicios de transporte y, por otro, las personas que desean realizar un

⁸ TRILLO, F., “Uber, ¿sociedad de la información o prestadora de servicios de transporte? Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 20 de diciembre de 2017”, *Revista de Derecho Social*, Núm. 80, Editorial Bomarzo, Albacete, 2017, pp. 127-128.

⁹ TJUE, Sentencia del 20 de diciembre de 2017, C-434/15.

desplazamiento urbano no podrían recurrir a los servicios de los mencionados choferes. Por ello es que el TJUE expresamente sostiene que “Uber ejerce una influencia decisiva sobre las condiciones de las prestaciones efectuadas por estos conductores”, estableciendo el precio máximo del traslado, recibiendo el pago del cliente para después abonar una parte al conductor no profesional del vehículo, y ejerciendo cierto control sobre la calidad de los vehículos, así como sobre la idoneidad y el comportamiento de los conductores, lo que en su caso puede entrañar en la exclusión de éstos.

De ese modo, el TJUE sostiene que tal calificación es conteste con la jurisprudencia del Tribunal, que considera como servicio en el ámbito de los transportes, no sólo los servicios de transporte como tales, sino también cualquier servicio ligado de forma inherente a un desplazamiento de personas o mercancías de un lugar a otro gracias a un medio de transporte.

A la vez, el abogado general del TJUE había analizado previamente la posibilidad de atribuir una naturaleza mixta a la actividad cumplida por la empresa, es decir, si podría calificarse que en parte prestaba servicios inherentes a la sociedad de la información, y en parte servicios del transporte de pasajeros. Sin embargo, descartó dicha posibilidad, al entender que el eventual servicio de intermediación “no reporta ningún beneficio económico de forma autónoma”¹⁰.

Por este motivo, señaló que “la prestación de transporte es sin lugar a dudas la principal y la que le confiere su sentido económico. Los usuarios buscan a los conductores con un único objetivo, el transporte de un punto a otro. Por tanto, la fase de conexión tiene únicamente carácter preparatorio, a fin de permitir la realización de la prestación principal en las mejores condiciones”¹¹.

2.1.2. Propuesta de la Comisión Europea (CE) para una Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la mejora de las condiciones de trabajo en el trabajo de plataformas

¹⁰ TRILLO, F., “Uber, ¿sociedad...”, p. 133.

¹¹ Conclusiones del Abogado General del TJUE, 11 de mayo de 2017, C-434/15. Disponible en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=190593&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=2515049> [consultado el día 15 de julio de 2019].

El 9 de diciembre de 2021, la CE publicó una propuesta de Directiva sobre la mejora de las condiciones laborales en las plataformas de trabajo. Incluye medidas para determinar correctamente la situación laboral de los trabajadores de plataformas y nuevos derechos en materia de gestión algorítmica, tanto para trabajadores dependientes como para autónomos¹². La Directiva propuesta tiene como objetivo garantizar que las personas que trabajan a través de plataformas laborales digitales obtengan el estatus legal de empleo que corresponde a sus acuerdos de trabajo reales¹³. Requiere que los Estados miembros establezcan una lista de criterios para determinar si la plataforma es un “empleador” e incluye una presunción refutable de relación laboral para aquellos que trabajan a través de plataformas digitales que controlan ciertos elementos del desempeño del trabajo¹⁴. La propuesta establece que las empresas de plataforma deben asumir la carga de la prueba y podrían refutar la presunción demostrando que no existe una relación laboral por referencia a las definiciones nacionales¹⁵. Establece que el traslado de la carga de la prueba a las plataformas laborales digitales se justifica por el hecho de que las empresas de plataformas tienen una visión completa de todos los elementos fácticos que determinan la relación, en particular los algoritmos a través de los cuales gestionan sus operaciones¹⁶.

La Directiva propuesta establece que se consideraría que existe una relación laboral, en virtud de una presunción legal, cuando las empresas de plataforma dirijan o controlen determinados elementos de la ejecución del trabajo¹⁷. Establece que los criterios pertinentes “deben incluir elementos concretos que demuestren que la plataforma laboral digital, por ejemplo, determina en la práctica y no se limita a recomendar las condiciones de trabajo o la remuneración o ambas, da instrucciones sobre cómo se debe realizar el trabajo o impide la persona que realiza trabajo de plataforma a partir del

¹² Propuesta de Directiva de la UE, p. 3.

¹³ Propuesta de Directiva de la UE, Capítulo II, artículo 3, p. 15.

¹⁴ Propuesta de Directiva de la UE, Capítulo II, artículo 4. p. 15.

¹⁵ Propuesta de Directiva de la UE, Capítulo II, artículo 5. p. 16.

¹⁶ Propuesta de Directiva de la UE, p. 26.

¹⁷ Propuesta de Directiva de la UE, p. 25.

desarrollo de contactos comerciales con clientes potenciales”¹⁸. La libertad de rechazar tareas, utilizar subcontratistas o sustitutos para trabajar y elegir horarios de trabajo o períodos de ausencia se identifican en la Directiva propuesta como aquellas características indicativas de un verdadero trabajo por cuenta propia. Además, cualquier restricción, limitación o condición impuesta a tales libertades o sanciones al ejercicio de estas libertades debe considerarse como un elemento de control del desempeño del trabajo¹⁹. Asimismo, debe considerarse como un elemento la estrecha supervisión de la ejecución del trabajo o la verificación exhaustiva de la calidad de los resultados del mismo, incluso por medios electrónicos, que van más allá de la utilización de reseñas o calificaciones por parte de los destinatarios del servicio de controlar la ejecución del trabajo²⁰. La Directiva propuesta detalla que para que sea efectiva en la práctica, siempre deben cumplirse dos criterios para desencadenar la aplicación de la presunción.

Esta presunción legal se aplicaría en todos los procedimientos judiciales y administrativos, incluidos los iniciados por las autoridades nacionales competentes para hacer cumplir las normas laborales y de protección social²¹. Aquellos determinados a los trabajadores disfrutarían de salud y seguridad, protección laboral, salarios mínimos legales o negociados colectivamente y acceso a oportunidades de capacitación, y protecciones sociales de acuerdo con las normas nacionales²².

2.2. Las sentencias de los Tribunales o Cortes Supremas a nivel comparado

2.2.1. El caso Glovo: la sentencia del Tribunal Supremo (STS 2924/2020) del 25 de septiembre de 2020 en España

¹⁸ Propuesta de Directiva de la UE, p. 25.

¹⁹ Propuesta de Directiva de la UE, p. 25.

²⁰ Propuesta de Directiva de la UE, p. 26.

²¹ Propuesta de Directiva de la UE, p. 26.

²² Propuesta de Directiva de la UE, Capítulo II, artículo 5, p. 16.

Una sentencia de especial relevancia dictada recientemente en España, ha sido la del Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en el marco de un juicio promovido por un *rider* de Glovo, reclamando en sustancia que el vínculo que unía a las partes era de naturaleza laboral y no comercial. En definitiva, el objeto del litigio se dirigía a cuestionar la calificación determinada unilateralmente por Glovo en relación a la independencia y autonomía de los repartidores de la plataforma²³.

Con respecto a este asunto, después de recordar lo que disponen los artículos 1.1 del ET y 11.2 de la LETA, el Tribunal Supremo se centró en el concepto de trabajador subordinado y sus requisitos esenciales, destacando la necesaria existencia de una prestación de servicios voluntaria, retribuida, por cuenta ajena y dependiente.

Como punto de partida, el fallo recuerda la evolución de la noción de dependencia y subordinación, citando diversos casos sometidos a decisión de dicho órgano judicial, de donde se desprende que:

1) “la dependencia no implica una subordinación absoluta, sino sólo la inserción en el círculo rector, organizativo y disciplinario de la empresa” (STS de 11 de mayo de 1979); y que

2) “[l]a calificación de la relación como laboral ha de hacerse en cada caso en atención a los indicios existentes, valorando principalmente el margen de autonomía del que goza quien presta el servicio” (STS de 20 de enero de 2015).

En forma concomitante, también consideró importante traer a colación dos sentencias del TJUE que resultarían aplicables al caso. En la primera, se indicó que el hecho de que una persona no se encuentre obligada a aceptar una concreta prestación de servicios, no impide que la hipótesis pueda encuadrarse en la figura del trabajador (a los efectos de aplicar el principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras) (según sentencia del 13 de enero de 2004, C-256/01). En la segunda, se declaró que el servicio de intermediación de Uber debe calificarse como “servicio en el ámbito de los transportes” a efectos del Derecho de la Unión, por lo que zanjó la cuestión en torno a la naturaleza de

²³ Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Pleno, Sentencia de unificación de doctrina, 25.09.2020, Núm. de Recurso 4746/2019.

la actividad cumplida por dicha empresa, descartando que fuera una mera intermediaria entre oferta y demanda de servicios de transporte (sentencia del 20 de diciembre de 2017, asunto C-434/15).

Además de dichas cuestiones de natural trascendencia, el Tribunal ingresó con mayor profundidad a poner de manifiesto los criterios jurisprudenciales que resultan útiles para distinguir el contrato de trabajo de otros vínculos de similar naturaleza. En ese sentido, se indicó sistemáticamente que:

1) la realidad fáctica debe prevalecer sobre el *nomen iuris* (lo que implica reconocer la aplicación del principio de primacía de la realidad);

2) existe una presunción *iuris tantum* de laboralidad (art. 8 del ET);

3) el art. 1.1 del referido ET, define a la relación laboral sobre la base de la concurrencia de las notas típicas de la prestación de servicios voluntaria, la ajenidad en los resultados, la dependencia y la retribución; y

4) la diferencia entre el contrato de trabajo y otros vínculos regulados por el derecho civil o mercantil, requiere un análisis casuístico, en tanto se deben considerar todas las circunstancias concurrentes en el caso, a fin de constatar si se dan las notas de ajenidad, retribución y dependencia.

De ese modo, el Tribunal Supremo recordó como criterio general que la escasa cuantía en inversión que el trabajador ha de realizar para poder desarrollar la actividad encomendada (herramientas comunes, teléfono móvil o pequeño vehículo) frente a la mayor inversión que realiza la principal y que entrega al trabajador (herramienta especializada, vehículos para transporte de piezas importantes, así como el conocimiento de las instalaciones a montar para lo cual el actor recibe actividad formativa), constituye un indicio de la existencia de la relación de trabajo. Constituye ésta una reafirmación de las corrientes que centran la argumentación sobre el test de laboralidad en indicios que, como los sugeridos por la RIT Núm. 198, toman en consideración la razonabilidad y la primacía de la realidad como vectores indicativos para abarcar situaciones debatidas dentro del ámbito de aplicación del ordenamiento jurídico que rige el trabajo subordinado.

Contrariamente, si el sujeto se limitare a desempeñar actos profesionales concretos, cuando no se encuentre sujeto a jornada, vacaciones, órdenes o

instrucciones, y cuando practique la labor con entera libertad, con independencia y asuma el riesgo empresarial, entonces, tal caso se ajustaría a un contrato de arrendamiento de servicios propio del prestador autónomo.

En cuanto a la dependencia o subordinación, el Tribunal también recuerda que esta queda definida como la integración “en el ámbito de organización y dirección del empresario”, lo que implica “ajenidad respecto a la organización de la propia prestación laboral”. En definitiva, es la “situación del trabajador sujeto, aun en forma flexible y no rígida, a la esfera organizativa y rectora de la empresa”.

Por ello, se ha entendido que este elemento se expresa o trasunta al análisis indiciario del sujeto que comúnmente asiste al lugar de trabajo y se somete a horario; desempeña personalmente el trabajo (sin excluirse la posibilidad de que pueda operar una sustitución o suplencia de forma excepcional); se inserta en la organización de trabajo del empleador, quien se encarga de programar su actividad; y no dispone de una organización empresarial propia.

Asimismo, el Tribunal complementa la fundamentación considerando los atributos propios de la ajenidad, al considerar que la misma se manifiesta indicativamente con la entrega o puesta a disposición del empresario por parte del trabajador de los servicios realizados o de los productos elaborados; así como con la adopción por parte del empresario de las decisiones concernientes a las relaciones de mercado o a las relaciones con el público, como la fijación de precios o tarifas, la selección de clientela o la indicación de personas a atender; el carácter fijo o periódico de la remuneración del trabajo; y cuando existiera proporcionalidad entre la actividad prestada y la retribución, sin detectarse riesgos y ganancia o lucro que son propios de la actividad empresarial o del ejercicio libre de una profesión.

Por ello, se verificaría la ajenidad si se acreditare que los frutos del trabajo son cedidos *ab initio* al empleador, asumiendo éste la obligación de retribuir el servicio; así como cuando no se probare que el trabajador haya asumido el riesgo empresarial; o cuando el trabajador no haya efectuado una inversión de bienes de capital relevante. A lo anterior se le agrega que se exterioriza la ajenidad en los frutos 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”.

Por último, en cuanto al restante elemento esencial del vínculo laboral, la sentencia también enfatizó en que el elemento de la retribución no requiere que deba estar vinculado con una contraprestación de carácter fijo, en tanto que “no es un elemento característico delimitador del contrato de trabajo respecto de otras figuras, dado el concepto de salario contenido en el art. 26.1 ET comprensivo de ‘la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración, o los periodos de descanso computables como de trabajo”.

En función de dichos presupuestos de significativa importancia, y partiendo del orden lógico argumentativo esgrimido por el Tribunal, en primer lugar, se ponderó la verificación de las condiciones exigidas por el art. 11.2 de la LETA, a los efectos de detentar la condición de TRADE del sujeto reclamante.

A esos efectos, el aserto que sustenta el fallo indicó que el repartidor no cumplía su actividad siguiendo sus propios criterios organizativos, sino que lo hacía con sujeción estricta a los establecidos por la empresa Glovo. Y por otro lado, también se entendió que los medios aportados por el trabajador, se trataban de instrumentos meramente accesorios o complementarios, en tanto que “[l]a infraestructura esencial para el ejercicio de esta actividad es el programa informático desarrollado por Glovo que pone en contacto a los comercios con los clientes finales”. En suma, lo que se quiso subrayar es que el trabajador carecía de una infraestructura propia significativa que le permitiera desempeñarse por su cuenta.

En segundo lugar, paralelamente el fallo ha concentrado su análisis en los indicios de laboralidad del vínculo, partiendo del reconocimiento de que la documentación aportada daba cuenta de la existencia de elementos contrarios a una relación de trabajo (incluidos en el contrato suscrito entre las partes), tales

como la capacidad de rechazar clientes o servicios, de elegir la franja en la que se prestarían servicios o de compatibilizar el trabajo con otras plataformas.

Sin embargo, se entendió expresamente que la libertad de elección resultaba meramente teórica, ya que en los hechos el sistema de puntuación de los repartidores “condiciona su libertad de elección de horarios porque si no está disponible para prestar servicios en las franjas horarias con más demanda, su puntuación disminuye y con ella la posibilidad de que en el futuro se le encarguen más servicios y conseguir la rentabilidad económica que busca, lo que equivale a perder empleo y retribución”. La invocada libertad también fue considerada como irreal, dado que “la empresa penaliza a los repartidores, dejando de asignarles pedidos, cuando no estén operativos en las franjas reservadas, salvo causa justificada debidamente comunicada y acreditada”.

En tercer lugar, otro de los puntos centrales del fallo, lo constituyó la admisión de que los sistemas de control de la actividad productiva que se basan en la valoración de clientes, son un indicio favorable a la existencia de una relación de trabajo dependiente.

En cuarto lugar, no menos importantes resultan ser otros factores indicativos de una relación de trabajo soslayados por el Tribunal, como el control empresarial verificado mediante el sistema de geolocalización por GPS (que permite la vigilancia en tiempo real), la impartición de instrucciones concretas en relación a la forma de prestación del servicio, la provisión de una tarjeta de crédito para comprar los productos encargados por los usuarios, la posibilidad de solicitar un adelanto de dinero, el pago de una compensación económica por los tiempos de espera de los repartidores, la enumeración de una serie de causas justificadas para la terminación del contrato (asimilables al despido disciplinario previsto en el art. 54 del ET), y la apropiación a cargo de Glovo de la información relevante para ejecutar el negocio (comercios, pedidos, etc.).

En quinto lugar, el Tribunal apela a una indagación complementaria del elemento de la ajenidad, ponderando los indicios de sus diversas expresiones, como la ajenidad en los riesgos, en los frutos, en los medios y en la marca.

Efectivamente, se entendió que Glovo era quien adoptaba todas las decisiones comerciales (el precio de los servicios, la forma de pago y la

retribución de los *riders*), siendo que “[l]os 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”. De ahí que se sostenga categóricamente que la empresa “no es una mera intermediaria” entre la oferta y demanda.

La sentencia también ha destacado que “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”. En efecto, si bien se acreditó que el repartidor “asumía frente al usuario (cliente final) los daños o pérdidas que pudieran sufrir los productos o mercancías durante el transporte”, y que también “asumía el riesgo derivado de la utilización de una motocicleta y móvil propios, cuyos costes corrían a su cargo” (lo cual es indicativo de la inexistencia de la ajenidad en los riesgos y de una relación de trabajo), de todos modos en el caso se evidenció la ajenidad en los frutos, en tanto “Glovo se apropia de manera directa del resultado de la prestación de trabajo, el cual redundaba en beneficio de dicha empresa, que hizo suyos los frutos del mismo”.

Y a ello se le suma el hecho de que era evidente la existencia de una diferencia en la relevancia económica entre la plataforma digital (aplicación tecnológica) y los medios materiales aportados por el repartidor (un teléfono móvil y una motocicleta), lo cual deriva en considerar que el medio de producción esencial es precisamente el aportado por la empresa y no por el *rider*, concluyéndose además que la actividad era ejecutada “bajo una marca ajena”.

Finalmente, la sentencia detectó que los repartidores gozan “de una autonomía muy limitada que únicamente alcanza a cuestiones secundarias: qué medio de transporte utiliza y qué ruta sigue al realizar el reparto”. Sin embargo, en relación a este aspecto el fallo omitió hacer referencia a lo dispuesto en el artículo 10 de la Directiva 2019/1152 de la UE (relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la UE), lo cual podría haber operado como un aporte adicional al debate planteado, aun cuando la misma no fuere de

aplicación al caso por la fecha de su publicación y posterior necesidad de trasposición en el ordenamiento jurídico español²⁴.

Reafirmando argumentos expuestos, el fallo que emitió el Supremo opera un desmontaje de los argumentos de los que se había servido la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid interviniente para negar la laboralidad, entre ellos incluida la puesta en cuestión de la autonomía para la elección de franjas horarias y pedidos, como se desprende de la referencia a cómo el sistema de microtarefas y el recurso a sistemas de puntos, contribuyen a garantizar la disponibilidad de los trabajadores requeridos en cada momento.

En definitiva, los argumentos explicitados a lo largo del fallo derivaron en que para dilucidar el debate en el caso en concreto sometido a juicio, entre el repartidor y la empresa Glovo se entendieran concurrentes las notas definitorias del contrato de trabajo previstas en el art. 1.1 del ET.

Sin perjuicio de este alcance particular con relación al caso litigioso, lo que resulta ser más importante de la sentencia es que el Tribunal Supremo sienta una postura argumental respecto de la calificación del vínculo jurídico que se traba entre las partes, conformando un precedente de incuestionable interés, cuyas repercusiones prácticas orientarán una parte importante del espectro interpretativo y aplicativo futuro de situaciones análogas en el medio español.

2.2.2. El caso Uber: la sentencia de la Cour de Cassation (Núm. 374) del 4 de marzo de 2020 en Francia

El caso francés constituye otro ejemplo de intervención de una corte suprema a nivel comparado en relación a esta temática. Tal ha sido el análisis efectuado en relación a la empresa Uber. Esta empresa sostuvo, al igual que lo ha hecho en otros países, que celebra un contrato con los choferes con un contenido muy particular y diferente a un contrato de trabajo. En efecto, en el

²⁴ ROJO, E., "Pues sí, la saga Glovo (y los glovers) merecen un caso práctico. Notas a la sentencia del TS de 25 de septiembre de 2020, que declara la laboralidad, y recordatorio de las sentencias del JS núm. 39 de Madrid de 3 de septiembre de 2018 y del TSJ de Madrid de 19 de septiembre de 2019(y II)", *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*. Entrada de Blog del día 2 de octubre de 2020. Disponible en http://www.eduardorojotorrecilla.es/2020/10/pues-si-la-saga-glovo-y-los-glovers_2.html.

recurso interpuesto ante la Corte de Casación, alegó que dicho contrato se limita a la puesta a disposición de una aplicación tecnológica que le sirve al chofer para conectarse con clientes potenciales.

En definitiva, se sostiene que la empresa no brinda un servicio de transporte, sino que su objeto es la creación de tecnología y mera intermediación entre el chofer y los usuarios. A ello agrega que los conductores son completamente libres de conectarse o no a la aplicación, de elegir dónde y cuándo tienen intención de conectarse, sin informar a la plataforma con antelación y de desconectarse cuando quieran.

Sin embargo, el fallo comentado concluye que los denominados “colaboradores” se vinculan con Uber mediante una relación de trabajo subordinado. A los efectos de fundar dicha conclusión, la sentencia se enfoca en reseñar que:

1) La relación de subordinación se caracteriza por la realización de un trabajo bajo la autoridad de un empleador que tiene la facultad de dar órdenes e instrucciones, controlar su cumplimiento y sancionar las faltas de su subordinado.

2) El trabajo en un servicio organizado puede constituir un indicio de subordinación cuando el empleador determina unilateralmente las condiciones de ejecución.

3) Los choferes de Uber se integran en una organización ajena, dado que no pueden decidir libremente cómo organizar su negocio, buscar clientes o elegir sus proveedores. En efecto, el chofer no constituye su propia clientela, no fija libremente sus tarifas o las condiciones de ejercicio de su servicio de transporte, sino que estas son regidas en su totalidad por Uber.

4) En relación con la libertad de conexión y la libre elección de los horarios de trabajo, la corte de casación ha coincidido con el tribunal de apelaciones al señalar que el hecho de poder elegir los días y los horarios de trabajo no excluye por sí mismo una relación laboral subordinada, ya que cuando un conductor se conecta a la plataforma de Uber, “se incorpora a un servicio organizado por la empresa” (elemento al que la doctrina ha identificado como la inserción en la estructura organizativa del empleador, recogido por la RIT Núm. 198 de la OIT).

5) La empresa Uber dicta instrucciones y existe un marcado control sobre la actividad del chofer, desde el momento en que la empresa es quien fija unilateralmente las tarifas, le impone una ruta determinada, así como le ajusta la tarifa en caso de haber escogido una “ruta ineficiente”.

6) También se manifiesta la actividad de control en relación a la tasa de aceptación de viajes del chofer, ya que luego de tres negativas, la empresa se contacta con el mismo para invitarlo a desconectarse de la aplicación. Dicha “invitación” de Uber, según la corte de casación, debe interpretarse a la luz de las cláusulas contractuales, que disponen que la empresa se reserva el derecho de deshabilitar o restringir el acceso o el uso de la aplicación de conductores o los servicios de Uber por el cliente o cualquiera de sus choferes o por cualquier otra razón, a la discreción razonable de Uber. Tal extremo refleja la ausencia de la posibilidad de elegir libremente la aceptación o rechazo de viajes, tal como lo haría un conductor independiente.

7) Asimismo, el ejercicio del poder sancionatorio fue puesto de manifiesto mediante tres circunstancias particulares: la suspensión temporaria de la cuenta luego de tres rechazos de viajes, los ajustes tarifarios por haber tomado rutas ineficientes, y la suspensión definitiva de la cuenta de los choferes.

En función de ello, se ha considerado que surgió demostrado que Uber desarrolla un poder de dirección, organizativo, de control y sancionatorio con respecto a sus choferes.

2.2.3. El caso Foodora: la sentencia de la Corte Suprema di Cassazione (Núm. 1663/20) del 24 de enero de 2020 en Italia

Analizando el vínculo entablado entre *riders* y la empresa Foodora, la Corte Suprema de Casación italiana ha advertido que la Jobs Act del año 2015 resulta aplicable a los repartidores, extendiéndoles la protección dispensada por dicha normativa, en tanto que su trabajo sea organizado por otra persona (*lavoro etero-organizzato*). El objetivo del Decreto-Legislativo Núm. 81 de 2015 era extender la protección más allá del alcance tradicional de la relación laboral

(*lavoro subordinato*), y por tal motivo, el fallo hace hincapié en señalar que dicha normativa resulta aplicable a los trabajadores de plataformas digitales.

Adicionalmente, se ha indicado que cuando la hetero-organización (acompañada de la personalidad y la continuidad del desempeño) está marcada hasta el punto de hacer que el colaborador sea comparable a un empleado, se impone una protección equivalente y, por lo tanto, el remedio de la plena aplicación de la disciplina del trabajo subordinado. Por ende, los tribunales no pueden optar por la protección que debe ser extendida a los mismos, sino que toda la legislación laboral se aplica a los trabajadores cuyo trabajo sea organizado por otra persona.

Asimismo, el fallo recuerda la redacción de la normativa al indicar que a partir del 1 de enero de 2016 la disciplina de la relación laboral se aplica toda vez que el desempeño del empleado sea de carácter exclusivamente personal y se lleve a cabo en forma continua en el tiempo y en la modalidad de la ejecución de la prestación, incluso en relación con el tiempo y el lugar de trabajo, siendo organizado por el cliente.

En función de ello, la sentencia no se decanta por considerar el caso como una prestación de carácter laboral, autónoma o inclusive como una tercer categoría intermedia. Por el contrario, la definición se dirige a la extensión de la tutela en caso de indicios de hetero-organización. En definitiva, la normativa crea un nuevo criterio para asociar la protección (la *etero-organizzazione*), y lo hace independientemente de la situación laboral.

2.2.4. El caso Uber: la sentencia de la Supreme Court (UKSC 2019/0029) del 19 de febrero de 2021 en el Reino Unido²⁵

El caso Uber también fue analizado por la corte suprema del Reino Unido, quien ha enfatizado en que el apartado (b) de la sección 230 del *Employments Rights Act* de 1996, dispone que la definición del contrato mantenido con un *worker*, implica la concurrencia de tres elementos. Por un lado, un contrato por

²⁵ Uber BV v. Aslam, [2016] EW Misc B68, [97] (ET) (28 Oct. 2016). Disponible en <http://www.bailii.org/ew/cases/Misc/2016/B68.html>.

el cual una persona se compromete a realizar un trabajo o servicios para la otra parte; por otro lado, un compromiso de ejecutar el trabajo personalmente; y finalmente, la exigencia de que la otra parte del contrato no se trate de un cliente de ninguna profesión o actividad comercial llevada a cabo por el individuo.

De ese modo, sintéticamente, el objeto del litigio se ha limitado al análisis del primero de esos requisitos, ya que no se encontraba en disputa el hecho de que los conductores demandantes trabajaban bajo contratos por los cuales se comprometían a realizar personalmente los servicios de conducción; y tampoco se sugería que ninguna empresa de Uber fuera cliente de los reclamantes. La cuestión fundamental se limitaba a determinar si, a los efectos de la definición legal, se debía considerar que los demandantes trabajaban en virtud de contratos suscritos con Uber mediante los cuales se comprometieran a prestar servicios para dicha empresa; o si, como sostenía Uber, debía considerarse que estos prestaban servicios únicamente para y en virtud de contratos celebrados con pasajeros a través de la agencia de Uber en Londres.

El primer fundamento sopesado por la corte suprema, reposa en considerar que no resulta admisible la afirmación de que Uber Londres opera como agente de reservas para conductores. Por tal motivo, la conclusión inevitable se deriva en que, al aceptar una reserva, Uber Londres contrata (como parte principal) con el pasajero para realizar la reserva. En estas circunstancias, Uber Londres no dispondría de medios para cumplir con sus obligaciones contractuales con los pasajeros, ni para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones reglamentarias como operador con licencia, sin empleados ni subcontratistas que le presten servicios de conducción. En este contexto, el fallo remarca que el negocio de Uber (la casa matriz holandesa) no podría funcionar sin que Uber Londres celebre contratos con los conductores (aunque solo sea por viaje) en virtud de los cuales los choferes se comprometan a proporcionar servicios para llevar a cabo las reservas de alquiler privadas aceptadas por Uber Londres.

Si bien dicho fundamento resulta elocuente y es ilustrativo para desentrañar la procedencia del primero de los requisitos enunciados, la corte dedicó un análisis más exhaustivo del caso considerando otros elementos.

En efecto, a los efectos de resolver dicha cuestión, el debate jurídico también se concentró en determinar si correspondía limitarse a aceptar el alcance de los términos y condiciones que surgían del acuerdo que suscribían los choferes con la empresa (en donde se consignaba que cuando se acepta una solicitud para reservar un vehículo de alquiler privado realizada a través de la aplicación Uber, se crea un contrato entre el pasajero y el conductor, en el que Uber no es parte y en virtud del cual el conductor es el único responsable de proporcionar los servicios de transporte al pasajero); o si por el contrario, correspondía desestimar dichos términos escritos.

Por tal motivo, resultó de fundamental importancia la remisión a las consideraciones de la jurisprudencia anterior de la corte, vertidas en el caso “Autoclenz” ya mencionado en instancias previas. Por ende, uno de los debates fuertemente atacados por Uber se centraba en la inaplicabilidad de la jurisprudencia “Autoclenz” al caso ahora analizado por la corte. Efectivamente, el debate también se dirigió a definir si el precedente obligatorio referido (que admitía dar primacía a la realidad por sobre las estipulaciones contractuales escritas), era aplicable exclusivamente en hipótesis de simulación (*sham*) o si por el contrario también resulta extensible a otros casos en donde se puede percibir una disociación entre la realidad y dichas estipulaciones contractuales.

La corte suprema decididamente se esforzó en señalar que el precedente “Autoclenz” no se encontraba adecuadamente justificado desde el punto de vista teórico. De ahí que, en el presente procedimiento agregó que los derechos reivindicados por los demandantes no se trataban de derechos emanados del contrato, sino que estos fueron consagrados por la legislación.

Bajo esa tesitura, el fallo enfatiza en que la tarea de los tribunales no se limita a identificar si, según los términos de los contratos, los demandantes debían recibir al menos el salario mínimo nacional o vacaciones anuales pagadas. Por el contrario, se trata de determinar si los demandantes ingresan dentro de la definición de “*worker*” en las disposiciones legales pertinentes a fin de tener acceso a estos derechos independientemente de lo que se hubiera acordado contractualmente. En síntesis, la cuestión principal se circunscribe a una tarea de interpretación legal y no de interpretación contractual.

Consecuentemente, la sentencia comentada señala que el enfoque moderno de la interpretación legal es tener en cuenta el propósito de una disposición particular e interpretar su lenguaje, en la medida de lo posible, de la manera que mejor cumpla con dicho propósito. Este enfoque requiere que los hechos sean analizados a la luz de la disposición legal que se está aplicando, de modo que si, por ejemplo, un hecho no es relevante para la aplicación de la ley interpretada a la luz de su propósito, pueda ser ignorado. Esta ha sido conocida como una interpretación finalista de la legislación, o “*a purposive approach to the problem*”.

En concreto, la corte concuerda que la política detrás de la inclusión del apartado (b) de la categoría “*worker*”, solo puede haber sido la de extender los beneficios de protección a los trabajadores que tienen la misma necesidad de ese tipo de protección que los empleados dependientes *strictu sensu* (“*employees*”).

Por consiguiente, el fallo indica que sería incompatible con el propósito de la legislación, tratar los términos de un contrato escrito como el punto de partida para determinar si una persona entra dentro de la definición de “*worker*”. Hacerlo restablecería el daño que la legislación intentó prevenir con su promulgación. Es el mismo hecho de que un empleador unilateralmente se encuentre en condiciones de dictar dichos términos contractuales y que la persona que realiza el trabajo tenga poca o ninguna capacidad para influir en esos términos lo que origina la necesidad de protección legal. Ese desequilibrio de poder entre las partes, también es el elemento principal que justifica la aplicación del precedente “Autoclenz”. En definitiva, la aproximación intencional o interpretación finalista implica negar la posibilidad de que Uber tenga el poder de determinar por sí mismo si la legislación diseñada para proteger a los trabajadores se aplicará o no a sus conductores. Desde ese punto de partida, y tomando en cuenta una serie de hechos acreditados, el fallo concluye que los choferes de Uber ingresan en la definición de “*worker*” y por ende pueden acceder a los derechos consagrados en la legislación.

Los hechos influyentes para fundar dicha conclusión fueron los siguientes:
a) Uber fija la remuneración que se paga a los conductores por el trabajo que

realizan y los conductores no tienen ninguna intervención; b) los términos contractuales los dicta unilateralmente Uber; c) una vez que un conductor ha iniciado sesión en la aplicación, la elección sobre si aceptar las solicitudes de viajes está restringida por Uber; d) Uber ejerce un grado significativo de control sobre la forma en que los conductores prestan sus servicios; y e) Uber restringe la comunicación entre el pasajero y el conductor al mínimo necesario para realizar el viaje y toma medidas activas para evitar que los conductores entablen una relación con un pasajero que pueda extenderse más allá de un viaje particular. La derrota de Uber en la Corte Suprema del Reino Unido requirió que la compañía reclasificara a 70.000 de sus conductores como trabajadores, otorgándoles un salario mínimo, vacaciones pagadas y planes de pensión²⁶.

3. Las respuestas normativas y propuestas de *lege ferenda* a nivel comparado

De forma paralela a las soluciones jurisprudenciales de cada caso concreto sometido a los órganos judiciales (que reiteramos, han aportado soluciones a los problemas de calificación jurídica en función del ordenamiento jurídico vigente), también han surgido diversas propuestas intentando incorporar modificaciones normativas, que derivan tanto de las consideraciones vertidas por la doctrina científica, como del propio legislador.

Básicamente podemos agrupar al menos tres vertientes o modelos diferentes que incorporan opciones en esta dirección.

La primera propone reglamentar una protección básica para toda persona que trabaje, bajo cualquier modalidad, consagrando unos derechos mínimos esenciales, al margen de la calificación jurídica del vínculo que une a las partes. La segunda, considera necesaria la creación de una relación laboral de carácter especial, con determinadas limitaciones protectoras en comparación con el trabajador dependiente tradicional. La tercera, en cambio, se decanta por la creación de una figura particular del trabajador autónomo, que se encontraría en

²⁶ Disponible en <https://www.cnbc.com/2021/04/12/europe-could-be-seeing-the-end-of-its-gig-economy-deliveroo-uber.html>

la mitad del camino entre la protección dispensada por el Derecho del Trabajo para los trabajadores dependientes y la ausencia de protección, que es típica del trabajo autónomo, considerando prudente la aplicación concreta y limitada de determinados derechos consagrados para el trabajo subordinado.

En definitiva, estas tres alternativas formulan propuestas de *lege ferenda*, por entender que, al presente, los ordenamientos jurídicos no logran proporcionar una solución satisfactoria al tema planteado.

3.1. Las Leyes Núm. 2016-1088, 2018-771 y 2019-1428 en Francia

En Francia, la Ley Núm. 2016-1088²⁷ fue introducida en el mes de agosto de 2016, con el objeto de regular el trabajo, la modernización del diálogo social y la garantía de los itinerarios profesionales. Dicha norma, en lo que se refiere al tema del trabajo mediante plataformas digitales, básicamente dispone que entre el prestador del servicio y la plataforma existe una relación contractual no asalariada o independiente, configurándose como una tercer categoría de trabajador²⁸.

Además, según el artículo 60 de dicha norma, se le asigna una doble responsabilidad social a la plataforma cuando la misma establezca las características del bien o del servicio y su precio. En ese sentido, se encuentra a su cargo la asunción de la cobertura por accidentes de trabajo que establece

27

Disponible

en

https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=624A2C54BA7DDF0C0AFAFFD4A941E47D.tplgfr33s_3?cidTexte=JORFTEXT000032983213&categorieLien=id.

²⁸ ROJO, E., "La normativa francesa sobre la actividad de las plataformas de servicios y la relación jurídica con los prestadores de actividad para ellas", *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*. Entrada de Blog del día 1 de agosto de 2018. Disponible en <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2018/08/la-normativa-francesa-sobre-la.html>; SIERRA, E., "Teletrabajo, uberización y robotización del trabajo: propuesta para un Derecho del Trabajo consistente (sólido, estable y duradero)", *Revista IDEIDES*, 23 de diciembre de 2017. Disponible en <http://revista-ideides.com/teletrabajo-uberizacion-y-robotizacion-del-trabajo-propuesta-para-un-derecho-del-trabajo-consistente-solido-estable-y-duradero/>; AGOTE, R., "La reforma laboral francesa otorga derechos laborales a los trabajadores independientes que presten sus servicios en la gig economy", *Blog Cuatrecasas*. Entrada de Blog del día 20 de octubre de 2016. Disponible en <https://blog.cuatrecasas.com/laboral/la-reforma-laboral-francesa-otorga-derechos-tipicamente-laborales-a-los-trabajadores-independientes-que-presten-sus-servicios-en-la-gig-economy/>.

la norma de seguridad social, así como el derecho a la formación profesional continuada de esos trabajadores.

Gran parte del contenido de la referida ley y de la Núm. 2018-771²⁹ sobre la libertad de elegir el futuro profesional, fue luego incorporado por la Ley Núm. 2019-1428³⁰ sobre orientación de las movilidades. En definitiva, se prevé que la plataforma puede establecer una carta que determine las condiciones y procedimientos para el ejercicio de su responsabilidad social, definiendo sus derechos y obligaciones, así como los de los trabajadores con los que se relaciona. A ello se adiciona una disposición que expresamente indica que el establecimiento de la carta y el respeto de los compromisos asumidos por la plataforma no pueden caracterizar la existencia de un vínculo de subordinación jurídica entre la plataforma y los trabajadores.

En otro orden, analizando dicha normativa francesa, ROJO indica que la misma “se sustenta ciertamente en gran medida en la presunción de existencia de una relación no asalariada entre la plataforma y quienes prestan sus servicios para ella, pero tal situación no impide en modo alguno que la laboralidad pueda existir, y de ello dan debida cuenta sentencias de instancia, apelación y del propio Tribunal Supremo”³¹.

3.2. Decreto-Legislativo Núm. 81 del 15 de junio de 2015 y Decreto-Ley Núm. 101 del 3 de septiembre de 2019 en Italia

Otro de los ejemplos de intervención normativa es el caso de Italia. El Decreto-Ley Núm. 101 contiene disposiciones urgentes para la protección del trabajo y, en particular, para garantizar la protección económica y reglamentaria

²⁹ Disponible en https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=624A2C54BA7DDF0C0AFAFFD4A941E47D.tplgfr33s_3?cidTexte=JORFTEXT000037367660&categorieLien=id.

³⁰ Disponible en https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=A8BB185BE6174BBFF9CE5CB9F7F28642.tplgfr33s_3?cidTexte=JORFTEXT000039666574&categorieLien=id.

³¹ ROJO, E., “La regulación contractual de los trabajadores de plataformas en Francia. Lo que se quiere contar, y lo que se debe explicar. A propósito de la Ley de 24 de diciembre de 2019 de orientación de las movilidades”, *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*. Entrada de Blog del día 29 de diciembre de 2019. Disponible en <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2019/12/la-regulacion-contractual-de-los.html>.

de algunas categorías de trabajadores particularmente débiles, entre otros, los denominados *riders*³². En función de ello, en el artículo 1 se modifica el Decreto-Legislativo Núm. 81³³ (que forma parte de la *Jobs Act*), y se introduce un Cap. V-bis, sobre protección laboral a través de plataformas digitales.

A los efectos de este decreto se consideran plataformas digitales los programas y procedimientos informáticos de las empresas que, independientemente del lugar de establecimiento, organizan las actividades de entrega de bienes, fijando el precio y determinando los métodos de ejecución del servicio. Por tal motivo, y aunque sin pronunciarse expresamente, se extrae interpretativamente que la norma se decanta por considerar a estas plataformas digitales como prestadoras del servicio subyacente de reparto de bienes.

Asimismo, la norma adopta una solución novedosa y moderada, al no calificar jurídicamente el vínculo que une al prestador de servicios con las empresas titulares de las plataformas digitales, sino que permite que el mismo pueda tratarse de un trabajo de tipo dependiente o autónomo.

En efecto, en el artículo 2 se previó que a partir del 1 de enero de 2016, la disciplina del empleo subordinado también se aplicará a las relaciones de colaboración que sean exclusivamente personales, continuas y cuyos métodos de ejecución (con referencia al momento y en el lugar de trabajo) sean organizados por el cliente. Según mandata la norma comentada, dichas disposiciones también son aplicables en el caso de que los métodos de prestación del servicio sean organizados a través de plataformas digitales.

Es por ello que, por un lado, se prevé que serán aplicables las disposiciones de la disciplina de la relación de trabajo subordinada si existiere un desempeño personal, y cuando las modalidades de prestación del servicio sean organizadas a través de plataformas digitales, en cuanto a tiempos y lugar de trabajo; aunque por otro lado, se establecen niveles mínimos de protección para los *riders* que presten servicios a través de plataformas digitales, en relaciones laborales no subordinadas.

³² Disponible en <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2019/09/04/19G00109/sg>.

³³

Disponible

en

https://www.cliclavoro.gov.it/Normative/Decreto_Legislativo_15_giugno_2015_n.81.pdf.

En ese último caso, la norma introduce nuevas formas de protección para los repartidores, o aquellos tipos particulares de trabajadores que, utilizando la bicicleta u otros medios, operen para las plataformas que realizan entregas a domicilio, siempre que se encuentren empleados bajo relaciones no dependientes. De ese modo, se prevé una cobertura de seguro obligatorio contra accidentes en el trabajo y enfermedades profesionales, así como una retribución por hora trabajada (siempre que el trabajador acepte al menos una llamada por hora).

Al analizar esta norma, DAGNINO ha destacado que la disposición legislativa es difícil de leer e interpretar, tanto en términos de técnica legislativa como en términos de efectos sistemáticos³⁴. Del mismo modo, ALOISI y DE STEFANO indicaron críticamente que el hecho de que el legislador expresara la necesidad de reiterar que las disposiciones laborales se aplican incluso si los métodos de desempeño del servicio se organizan a través de plataformas digitales, es representativo de una intervención entre “inocentes y pleonásticos”³⁵.

Sin perjuicio de dichas críticas, por otro lado, CAPPONI y PELUSI señalaron que la norma constituye un importante avance, con miras a elevar los niveles de protección de los trabajadores en la era digital. Precisamente, la opción de política legislativa seguida por el legislador es la de no haber respondido a la cuestión de la clasificación del trabajo prestado a través de una plataforma digital, y en su lugar, escogiendo por tomar medidas adecuadas para delinear las garantías mínimas necesarias para garantizar condiciones de trabajo dignas para los trabajadores de la *gig economy*, independientemente de la calificación legal de dichas relaciones³⁶.

³⁴ DAGNINO, E., “Note tecnico-giuridiche al decreto-legge 3 settembre 2019, n. 101, e i prevedibili impatti sul settore del delivery”, *Working Paper ADAPT*, Núm. 4, 2019. Disponible en https://moodle.adaptland.it/pluginfile.php/52981/mod_resource/content/0/wp_2019_4_dagnino.pdf.

³⁵ ALOISI, A. y DE STEFANO, V., “Il decreto *riders* fuori tempo massimo: un anno di attesa per consegnare un ‘pacco’”, *Diritti Comparati*. Entrada del día 4 de octubre de 2019. Disponible en <http://www.diritticomparati.it/il-decreto-riders-fuori-tempo-massimo-un-anno-di-attesa-per-consegnare-un-pacco/>.

³⁶ CAPPONI, F. y PELUSI, L., “Le nuove tutele del lavoro tramite piattaforma ‘anche’ digitale: commento al d.l. n. 101/2019”, *Bollettino ADAPT*, Núm. 31. Entrada del día 9 de septiembre de 2019. Disponible en <http://www.bollettinoadapt.it/bollettino-adapt/ordinario/9-settembre-2019-n-31/>.

3.3. Real Decreto-ley 9/2021 del 11 de mayo de 2021 en España

En el mes de marzo de 2021, luego de intensas negociaciones llevadas a cabo entre los interlocutores sociales, incluyendo a representantes de colectivos de *riders* o repartidores, así como de empresas propietarias de plataformas digitales que brindan el servicio de transporte de bienes o mercaderías y el Ministerio de Trabajo y Economía Social, se arribó a un acuerdo regulatorio de dicha actividad y de la prestación laborativa llevada a cabo. A tales efectos, las partes aprobaron el contenido de lo que a la postre se transformó en el Real Decreto-ley 9/2021, con el fin de regular el trabajo prestado por los *riders* en España.

Dicho acuerdo consistió en una modificación del texto refundido de la Ley de Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre. A tales efectos, se introduce una nueva “letra d)” en el apartado 4 del artículo 64, así como se incorpora una nueva disposición adicional vigesimotercera.

La primera de las modificaciones consiste en incorporar al artículo 64 el deber de informar a la representación legal de los trabajadores sobre las reglas que encierran los algoritmos y los sistemas de inteligencia artificial que puedan incidir en las condiciones laborales por las que se rigen las plataformas, incluyendo el acceso y el mantenimiento del empleo y la elaboración de perfiles³⁷. Dicho deber de información, según lo ya previsto por el artículo comentado, debe ser dirigido al comité de empresa, “con la periodicidad que proceda en cada caso”.

Esta previsión constituye un avance en los contenidos de la negociación colectiva, en tanto que permite incluir la gestión algorítmica sobre la organización y condiciones de trabajo, un hecho sin precedentes en el actual mercado de trabajo con preponderancia de la utilización de herramientas tecnológicas en el ámbito de la empresa.

³⁷ Comunicado del Ministerio de Trabajo y Economía Social, 10.03.2021. Disponible en <https://prensa.mites.gob.es/WebPrensa/noticias/laboral/detalle/3958>.

Parte de la doctrina científica ha ponderado positivamente dicha previsión, en tanto que por primera vez una norma laboral menciona expresamente al impacto de los algoritmos o los sistemas de inteligencia artificial en las condiciones de trabajo. Además, la importancia de la norma también se realza dado que el deber de información se extiende no sólo a la actividad de reparto de bienes o mercaderías, sino a todos los sectores de actividad³⁸.

El segundo de los cambios, agrega una disposición adicional concretando una presunción de laboralidad en el ámbito de las plataformas digitales de reparto. En este sentido, se presume incluida en el ámbito del Estatuto de los Trabajadores, a la actividad de las personas que presten servicios retribuidos que consistan en el reparto o distribución de cualquier producto de consumo o mercancía, por parte de empleadoras que ejerzan 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.

En definitiva, la norma presume la existencia de una relación laboral, cuando la empresa propietaria de una plataforma digital gestione el servicio o las condiciones de trabajo de los prestadores del servicio subyacente, ejerciendo los poderes propios del empleador (organización, dirección y control), lo que equivale a considerar a estas empresas como empresas de transporte de bienes o mercaderías y no propiamente intermediarias entre oferta y demanda de dicho servicio.

Sin embargo, quedan algunas dudas interpretativas en relación al alcance de dicha disposición, y por ende, varias interrogantes para responder.

Por un lado, no surge con claridad si dicha presunción será extensible al trabajo desarrollado mediante otras plataformas digitales que no centren su actividad en el reparto de bienes. Parte de la doctrina científica ha entendido que la opción legislativa ha sido la de apartarse “de una concepción amplia de regular los supuestos de falsos autónomos”, ya que se ha concentrado en el sector de

³⁸ ROJO, E., “La laboralidad de los repartidores. Un buen acuerdo en el diálogo social”, *Net21*, Análisis, 25.03.2021, p. 3. Disponible en <https://www.net21.org/wp-content/uploads/2021/03/La-laboralidad-de-los-repartidores-EDUARDO-ROJO.pdf>.

actividad del reparto de bienes y mercaderías, “sin alcanzar a otro tipo de plataformas digitales”³⁹.

Por otro lado, tampoco se desprende del texto normativo si esta presunción se activará cuando se verifique en los hechos una manifestación del poder sancionatorio, que también es inherente a la figura del empleador, en tanto que el proyecto solamente enuncia a los poderes de organización, dirección y control.

Por último, tampoco queda claro cómo se compatibilizaría la presunción especial incorporada por esta norma, con relación a la presunción general de laboralidad ya consagrada por el artículo 8.1 del Estatuto de los Trabajadores (aun cuando el texto haga referencia expresa a que en virtud de lo establecido en el artículo 8.1, se aplicará la presunción especial).

3.4. La Ley Núm. 5 del Estado de California y HB2076 de Washington en Estados Unidos

La actividad legislativa y administrativa federal con respecto al trabajo basado en plataformas ha sido mínima en los Estados Unidos. Si bien el Congreso aún no ha aprobado ninguna legislación laboral específica basada en plataformas, ha incluido a los trabajadores basados en plataformas en las disposiciones ampliadas del seguro de desempleo de la Ley de Ayuda, Alivio y Seguridad Económica del Coronavirus de 2020⁴⁰. No han tenido éxito algunos esfuerzos de 2017⁴¹ y 2019⁴² llevados adelante por empresas basadas en plataformas para aprobar versiones de la "NUEVA Ley GIG", que permitan a las empresas basadas en plataformas clasificar a los trabajadores como contratistas independientes a efectos del impuesto sobre la renta y el empleo si cumplen con

³⁹ BAYLOS, A., “El acuerdo social sobre la ‘ley riders’”, *Según Antonio Baylos...* Entrada de Blog del día 13 de marzo de 2021. Disponible en <https://baylos.blogspot.com/2021/03/el-acuerdo-social-sobre-la-ley-riders.html>.

⁴⁰ Pub. L. 116-136.

⁴¹ Disponible en <https://www.congress.gov/bill/115th-congress/senate-bill/1549>.

⁴² Disponible en <https://www.congress.gov/bill/116th-congress/senate-bill/700>.

ciertos criterios. Sin embargo, las legislaturas estatales han comenzado a abordar la problemática.

3.4.1. La Ley Núm. 5 del Estado de California

Si bien la Ley Núm. 5⁴³ aprobada en el mes de septiembre de 2019 no se dedica a regular expresamente el trabajo desarrollado vía plataformas digitales, sus contenidos impactan considerablemente en la calificación jurídica que une a los prestadores de servicios con las plataformas digitales.

En efecto, el Estado de California de Estados Unidos ha regulado de manera diferente la temática analizada, partiendo de la premisa de la necesidad de regulación producto del daño provocado a los trabajadores clasificados erróneamente, en tanto que pierden protecciones significativas en el lugar de trabajo, así como la injusticia creada a los empleadores que deben competir con las empresas que contratan falsos autónomos, y la constatación real de la pérdida para el Estado de los ingresos necesarios de las empresas que se valen de clasificaciones incorrectas para evitar obligaciones, tales como el pago de impuestos sobre la nómina, el pago de primas para la compensación de los trabajadores, la Seguridad Social, el desempleo y el seguro por discapacidad.

Es por esos motivos que la legislatura de California optó por codificar el pronunciamiento de la Suprema Corte de California en el caso “Dynamex Operations West, Inc. v. Superior Court of Los Angeles”,⁴⁴ integrando su parte dispositiva y sus fundamentos al Código de Trabajo. De ese modo, a los efectos de aplicar un criterio definido y concreto en materia de la determinación de la relación de trabajo, se incorpora al Código de Trabajo el denominado “ABC test”, al que la ley californiana ahora lo califica como un “test de tres partes”.

El mismo consiste, según ha sido analizado en el marco del caso Dynamex, en considerar que existirá un trabajador dependiente en lugar de un contratista independiente, cuando una persona brinde mano de obra o servicios a cambio de una remuneración, a menos que la entidad contratante demuestre

⁴³ A.B. 5, 2019 Leg., Reg. Sess. (Cal. 2019).

⁴⁴ Dynamex Operations W. v. Superior Ct., 4 Cal. 5th 903, 918, 416 P.3d 1, 8 (2018).

que se cumplen tres condiciones de manera acumulativa: 1) que el trabajador esté libre del control y la dirección de la empresa contratante en relación con el desempeño del trabajo (ambos elementos deben surgir probados tanto del contrato como de los hechos); 2) que el trabajador realice un trabajo que esté fuera del curso habitual del negocio de la entidad contratante; y 3) que el trabajador se dedique en forma independiente y habitual a un comercio, ocupación o negocio de la misma naturaleza que el trabajo realizado para la entidad contratante.

3.4.2. La medida electoral (*ballot*) “Yes on Prop 22” del Estado de California en Estados Unidos

El nuevo contexto normativo vigente en California (mediante la entrada en vigencia de la Ley Núm. 5 o también llamada como Ley AB5) obligó a las empresas propietarias de plataformas digitales (al menos formalmente) a reclasificar a los prestadores de servicios como trabajadores dependientes (entre otros, choferes y repartidores), y por ende, a abandonar la auto calificación efectuada como contratistas independientes⁴⁵. Aunque los conductores de Uber y Lyft y los trabajadores de entrega de alimentos de DoorDash e Instacart son claramente empleados según la prueba AB5, las empresas se negaron rotundamente a cumplir con la ley y continuaron negando a sus trabajadores los derechos y beneficios a los que tenían acceso como empleados. Mientras los funcionarios estatales y locales demandaron a Uber, Lyft, DoorDash e Instacart para que dejaran de violar la ley, las empresas gastaron \$224 millones de dólares para que sea aprobada una medida electoral que las eximiera de la aplicación de la legislación laboral, pero que en teoría ofrecería a los conductores algunos beneficios. Dicha medida fue conocida como “Prop 22”, bajo el lema de “Save App-Based Jobs & Services”, formalmente identificada como “Protect App-

⁴⁵ El día 10 de agosto de 2020 una corte de California ordenó a Uber y Lyft a reclasificar los conductores como empleados dependientes. Superior Court of the State of California, County of San Francisco, Núm. CGC-20-584402, “People of the State of California v. Uber Technologies Inc., a Delaware corporation; Lyft Inc, a Delaware corporation; and Does 1-50. inclusive”, 10.08.2020.

Based Drivers and Services Act”, que fue sometida a votación en las elecciones del mes de noviembre de 2020⁴⁶.

El lenguaje de la proposición establecía que la medida tenía como objetivo proteger la flexibilidad laboral y proporcionar estándares mínimos de seguridad y pago en el lugar de trabajo para los conductores de transporte y entrega basados en aplicaciones⁴⁷. La iniciativa creó una nueva clasificación de trabajadores que no son empleados, “conductores basados en aplicaciones”. La propuesta indicó que los choferes no serían considerados empleados si se comprueban los siguientes elementos: a) que la empresa no prescribe unilateralmente fechas específicas, horas del día o un número mínimo de horas durante las cuales el prestador de servicios deba iniciar sesión en la aplicación o plataforma; b) que la empresa no requiere que el prestador de servicios acepte ningún servicio de viaje compartido específico o solicitud de servicio de entrega como condición para mantener el acceso a la aplicación o plataforma; c) que la empresa no restringe que el conductor ejecute servicios de viaje compartido o servicios de entrega a través de otras compañías, excepto durante el tiempo comprometido; y d) que la empresa no restringe que el conductor trabaje en cualquier otra ocupación o negocio legal. Al crear esta nueva categoría de trabajador, las empresas se aseguraron de que los trabajadores basados en aplicaciones de transporte compartido y entrega de alimentos fueran excluidos de casi todos los derechos de los empleados según la ley estatal y la ley AB5 recientemente aprobada, incluido el derecho a un salario mínimo, tiempo y medio para horas extras, reembolso de gastos, compensación por desempleo y compensación de trabajadores estatales, licencia paga por enfermedad y familiar, y protecciones contra despido injustificado y discriminación⁴⁸.

La proposición prometía una tasa de pago equivalente al 120% del salario mínimo, el reembolso de los gastos y la provisión de algunos beneficios de salud. Sin embargo, creó una definición estrecha del tiempo de trabajo que solo incluía

⁴⁶ Protect App-Based Drivers and Services Act disponible en el sitio web “Yes on 22”. Disponible en https://yeson22.com/wp-content/uploads/2020/02/Protect-App-Based-Drivers-Services-Act_Annotated.pdf.

⁴⁷ Ídem.

⁴⁸ Ídem.

el tiempo durante el cual existe un pasajero en el vehículo. Esta definición funcionaba para excluir más de la mitad del tiempo de trabajo real de los conductores, que se dedica a conducir para recoger a un pasajero, esperar a los pasajeros, regresar después de dejar a un pasajero, circular y esperar en lotes de viajes compartidos designados y en la calle en el estado “disponible” en las aplicaciones y otro tiempo de trabajo que los conductores pasan manteniendo, cargando gasolina o desinfectando automóviles. Los conductores tampoco fueron compensados por sus reembolsos. Como resultado, las promesas de la proposición solo garantizaron a los trabajadores el equivalente de \$5,64 por hora, una tarifa muy por debajo del mínimo estatal⁴⁹. Asimismo, hizo casi imposible que los trabajadores califiquen para el reembolso y las disposiciones de salud de la medida.

La “Prop 22” impidió que los gobiernos locales protegieran a sus comunidades al anular casi todas las leyes locales que entrarían en conflicto con la medida electoral. Esto incluyó muchas leyes de emergencia implementadas para proteger a los trabajadores frente al COVID-19. La medida también eliminó efectivamente la capacidad de los representantes electos del estado de cambiar la ley al requerir un voto de 7/8 de la legislatura estatal para enmendar la iniciativa, un umbral prácticamente insuperable⁵⁰.

Después de la aprobación de la “Prop 22”, los trabajadores basados en aplicaciones fueron despojados de sus derechos de empleados y el paquete de beneficios prometido en la medida, como el estipendio de atención médica, que resultó ser casi imposible para los trabajadores calificar⁵¹. A pesar de los ingresos garantizados equivalentes al 120% del salario mínimo, los trabajadores continuaron percibiendo salarios por debajo del mínimo, y el salario disminuyó para muchos conductores de transporte y entrega de alimentos⁵².

El 20 de agosto de 2021, en *Castellanos v. California*, el Tribunal Superior de California dictaminó que la “Prop 22” era inconstitucional e inaplicable⁵³. El

⁴⁹ Disponible en <https://laborcenter.berkeley.edu/the-effects-of-proposition-22-on-driver-earnings-response-to-a-lyft-funded-report-by-dr-christopher-thornberg/>.

⁵⁰ Disponible en <https://www.nelp.org/publication/rigging-the-gig/>.

⁵¹ Disponible en <https://www.nelp.org/blog/prop-22-unconstitutional/>.

⁵² Ídem.

⁵³ *Castellanos v. California*, Case No. RG21088725, at 2-4 (Alameda Co. Sup. Ct. Aug. 20, 2021).

tribunal determinó que la iniciativa infringía el poder otorgado explícitamente a la Legislatura de California para regular la compensación de los trabajadores. También concluyó que debido a que la medida incluía un lenguaje que impedía que la legislatura estatal aprobara leyes que permitieran a los trabajadores basados en aplicaciones sindicalizarse, violaba una disposición constitucional que exige que las iniciativas electorales se limiten a un solo tema⁵⁴. El tribunal sostuvo que la disposición que impide que los trabajadores basados en aplicaciones se organicen “no protege la flexibilidad laboral, ni proporciona estándares mínimos de seguridad y pago en el lugar de trabajo para esos trabajadores” y, en cambio, “parece solo proteger los intereses económicos de las empresas de la red en tener una fuerza laboral dividida y no sindicalizada”⁵⁵.

Las compañías apelaron la decisión de la corte, solicitando una suspensión del fallo mientras la apelación está pendiente para permitir que la “Prop 22” permanezca en vigor y excluya a los conductores de servicios de transporte y entrega de alimentos basados en aplicaciones de la mayoría de los derechos y beneficios laborales estatales durante el proceso de apelaciones⁵⁶. Las empresas continuaron financiando otra iniciativa de votación similar para reescribir las leyes laborales en beneficio propio y consagrar el estatus de contratista independiente para sus trabajadores basados en aplicaciones en Massachusetts⁵⁷.

En definitiva, la propuesta pretende invertir el análisis clásico que los tribunales de justicia han empleado al evaluar en cada caso en concreto si las partes han ejecutado en los hechos un vínculo de carácter laboral, y por ende, al que le resultan aplicables las normas del Derecho del Trabajo, en lugar de lo que pudiera surgir de las formalidades. La referida proposición fue definitivamente aprobada en las elecciones, aunque cabe destacar que no constituye una

⁵⁴ Ídem.

⁵⁵ Ídem.

⁵⁶ Disponible en <https://news.bloomberglaw.com/us-law-week/prop-22-fight-back-in-court-as-california-seeks-to-revive-law>.

⁵⁷ PHAM, G. “The Launch of a New Coalition: Protecting the Rights of Gig Workers in Massachusetts”, Massachusetts Jobs with Justice, 29.06.2021. Disponible en <https://www.massjwj.net/blog/2021/6/29/the-launch-of-a-new-coalition-protecting-the-rights-of-gig-workers-in-massachusetts>.

respuesta jurídica al problema de la calificación del vínculo aludida, sino una respuesta “política” que deriva del ejercicio de un acto de democracia directa.

Por el contrario, la respuesta jurídica estaba siendo dada por diversos tribunales de justicia, en el sentido mayoritario de calificar al prestador del servicio subyacente como un trabajador dependiente, sujeto a las disposiciones del Derecho del Trabajo. Por ende, la “*Proposition 22*” fue un instrumento inteligente utilizado por las empresas propietarias de plataformas, a los efectos de torcer el derrotero judicial comentado, que a la postre hubiere derivado en la modificación del modelo empresarial disruptivo y la recalificación de los trabajadores como subordinados.

3.4.3. La medida electoral, HB2076 de Washington en Estados Unidos

En marzo de 2022, el gobernador de Washington firmó la HB 2076, “Ley sobre los derechos y obligaciones de los conductores de las empresas de la red de transporte y de las empresas de la red de transporte”⁵⁸. Siguiendo el modelo de la “Prop 22” y adoptando un lenguaje casi idéntico, la ley fue respaldada por Uber, Lyft y otras compañías basadas en plataformas. La ley resucitó los esfuerzos anteriores de las empresas en el Estado, para aprobar la SB 5620, una legislación expansiva y preventiva que establecería a los conductores como contratistas independientes, que fracasó a pesar de que las empresas contrataron a algunos de los cabilderos más establecidos y costosos del Estado⁵⁹. HB 2076 clasifica a los conductores basados en plataformas como “trabajadores” que no son empleados a los efectos del salario mínimo y las horas extras, licencia por enfermedad pagada, licencia familiar y médica pagada, atención a largo plazo y seguro de desempleo.

⁵⁸ Disponible en <https://lawfilesexternal.wa.gov/biennium/2021-22/Pdf/Bills/Session%20Laws/House/2076-S.SL.pdf#page=1>. El gobernador vetó la Sección 16 de la ley que “exime a las empresas de redes de transporte y a los conductores de los estatutos de ‘transportistas comunes’”. Ver <https://crmpublicwebserver.wa.gov/bats/attachment/vetomessage/20871593-17b2-ec11-81d2-005056ba278b#page=1>.

⁵⁹ BORKHOLDER, J., MONTGOMERY, M., SAIKA CHEN, M. y SMITH, R., “Uber State Interference: How TNC’s Buy, Bully, and Bamboozle Their Way to Deregulation”, (New York: National Employment Law Project, 2018). Disponible en <https://www.nelp.org/publication/uber-state-interference/>.

La ley proporciona beneficios limitados, un estándar de pago mínimo y licencia por enfermedad pagada, que se acumulan sobre la base del “tiempo de plataforma de pasajeros”, cuando un pasajero está físicamente dentro del vehículo del conductor. Al proporcionar estándares de pago mínimo y tiempo por enfermedad basados solo en el “tiempo de plataforma de pasajeros”, la ley deja a los conductores sin compensación por casi la mitad de su tiempo de trabajo real⁶⁰ durante el cual los conductores inician sesión en la aplicación y esperan a los pasajeros, a pesar de que las empresas se benefician desde la disponibilidad del controlador en espera y los datos generados por los controladores que iniciaron sesión en la aplicación⁶¹. Como resultado de las tasas de pago por debajo del mínimo de la ley y el tiempo de trabajo no remunerado, es probable que los trabajadores ganen sustancialmente menos que el salario mínimo estatal y las leyes de horas extras⁶².

Según la ley, los conductores están excluidos del desempleo, la licencia médica familiar pagada, los programas de atención a largo plazo y las leyes estatales de seguridad y salud en el lugar de trabajo. En lugar de reconocer que los conductores tienen derecho a negociar colectivamente con los empleadores (los salarios, los horarios y las condiciones de trabajo), la ley fija unilateralmente los salarios de los conductores y crea un “Centro de recursos para conductores”⁶³. La ley establece que el Centro de recursos para conductores tiene la autoridad para “llegar a un acuerdo” con las empresas sobre el único tema de un proceso de apelación para la desactivación de la cuenta del conductor⁶⁴.

⁶⁰ Melissa Balding, et al., Estimating TNC Share of VMT in Six U.S. Metropolitan Regions (Revision 1), Fehr & Peers, p. 9, Figure 3, Breakdown of TNC VMT by Phase for each Metro Region (Aug. 6, 2019), <https://www.fehrandpeers.com/what-are-tncs-share-of-vmt/>.

⁶¹ Los expertos en economía y derecho han argumentado que el tiempo de espera de los conductores debe ser compensado. Ver EISENBREY, R. y MISHEL, L., “Uber Business Model Does not Justify a New ‘Independent Worker’ Category”, Economic Policy Institute (March 17, 2016). Disponible en <https://www.epi.org/publication/uber-business-model-does-not-justify-a-new-independent-worker-category/>.

⁶² Disponible en <https://www.labornotes.org/2022/02/heres-whats-new-bill-jointly-backed-uber-and-teamsters-washington-state>, <https://www.epi.org/publication/testimony-wa-eshb-2076/>.

⁶³ Disponible en <https://www.epi.org/publication/testimony-wa-eshb-2076/>.

⁶⁴ Ídem.

HB 2076 también evita que los municipios de Washington regulen las empresas y los conductores de la red de transporte, legislen sobre los derechos de los trabajadores y mejoren los estándares para los trabajadores en el futuro⁶⁵.

Antes de la aprobación de la ley, Lyft, Uber, Doordash e Instacart formaron la Coalición de Washington para el Trabajo Independiente, un comité de medidas electorales paralelo al que avanzó la “Prop 22”. Con más de \$2 millones en el comité, las empresas estaban preparadas para avanzar una medida electoral, como lo hicieron con la “Prop 22” de California, si la legislatura de Washington no aprobaba la HB 2076.

3.5. La intervención normativa en Uruguay: Decretos de las Juntas Departamentales de Montevideo y Maldonado, y proyecto de ley de regulación de los servicios prestados mediante el uso de medios informáticos y aplicaciones tecnológicas

En Uruguay se ha regulado la actividad del transporte de personas en la ciudad de Montevideo, por intermedio del Decreto Núm. 36.197 de la Junta Departamental de Montevideo –modificado parcialmente por el Decreto Núm. 37.089–. A través de dicha regulación, se ha concebido a las plataformas digitales como intermediarias entre la oferta y demanda de los servicios de transporte de pasajeros⁶⁶. Contrariamente, la Junta Departamental de Maldonado, que también ha regulado la actividad del transporte de personas, aunque dentro de la circunscripción territorial propia de su departamento, por Decreto Núm. 4001/2018 ha señalado que esas plataformas digitales prestan propiamente un servicio de transporte de pasajeros⁶⁷.

⁶⁵ Disponible en <https://prospect.org/labor/washington-state-about-to-deprive-gig-drivers-of-basic-rights/>.

⁶⁶ En ese sentido, la normativa dispone que “El transporte oneroso de pasajeros en vehículos privados contratado a través del uso de plataformas electrónicas que unan la oferta con la demanda de tales servicios...es una actividad privada de interés público”.

⁶⁷ En concreto, la regulación indica que “el funcionamiento de servicios de transporte oneroso entre privados operados mediante plataformas digitales desarrolladas o promocionadas por Empresas de Redes de Transporte (ERT)”. Y precisamente define a estas ERT como “empresas que intermedien en la prestación de servicios entre los conductores y usuarios, a través de plataformas tecnológicas, o bien promocionen el uso de dichas plataformas y los servicios de transporte que se contratan a través de éstas”.

Sin perjuicio de que dicha normativa se encuentra vigente en el ámbito territorial de esos dos departamentos, y aun cuando se desprenda una clara desavenencia y contradicción jurídica entre ambos instrumentos, a nivel nacional se ha promovido un proyecto de ley para la regulación de los “servicios prestados mediante el uso de medios informáticos y aplicaciones tecnológicas”⁶⁸, considerando que las personas físicas o jurídicas que presten servicios mediante sistemas informáticos, como lo son las plataformas digitales, deberán someterse a los controles, autorizaciones, permisos, licencias, registros y otras regulaciones, que para la actividad privada, establecen las normas específicas relativas al servicio final que se desarrolle como parte de su oferta⁶⁹.

En virtud de ello, en este último caso, podría deducirse que si se trataran de servicios de transporte de pasajeros prestados mediante el uso de plataformas digitales, según el proyecto de ley, resultaría necesario cumplir con los requisitos y autorizaciones propias de un servicio de transporte; lo que conllevaría a pensar que en ese caso, la normativa proyectada concibe a estas plataformas como prestadoras del servicio subyacente y no meras intermediarias entre oferta y demanda de servicios.

3.6. La Ley N° 21.431 del 11 de marzo de 2022 en Chile

A pesar de la multiplicidad de iniciativas legislativas sobre este tema, Chile finalmente aprobó la Ley N° 21.431 del 11 de marzo de 2022, mediante la cual se regula el contrato de trabajadores de empresas de plataformas digitales de servicios.

Dicha norma introduce modificaciones al Código del Trabajo chileno, incorporando un nuevo Capítulo X, en el Título II "De los contratos especiales", del Libro I.

⁶⁸ Disponible en <https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/ficha-asunto/128667>.

⁶⁹ Precisamente, allí se dispone que “Los servicios prestados por personas físicas o jurídicas, mediante el uso de sistemas informáticos, incluidos los intermediarios en la transmisión de contenidos vía electrónica, quedarán sometidos a los controles, autorizaciones, permisos, licencias, registros y otras regulaciones, que para la actividad privada, establecen las normas específicas relativas al servicio final que se desarrolle como parte de su oferta”.

En síntesis, dentro de los denominados contratos especiales, se regula el trabajo mediante plataformas digitales de servicios, incluyendo las relaciones entre trabajadores dependientes e independientes con las empresas de plataformas digitales.

Por su parte, la norma señala que el trabajador de plataformas digitales es aquel que ejecuta servicios personales, sea a cuenta propia o ajena, solicitados por usuarios de una aplicación administrada o gestionada por una empresa de plataforma digital de servicios; y este será considerado como trabajador dependiente o trabajador independiente, según concurran o no los requisitos establecidos en el artículo 7 del Código del Trabajo.

En concreto, al trabajador dependiente le serán aplicables las reglas contenidas en los Párrafos I, II y IV del Capítulo X, y todas aquellas otras del Código del Trabajo, siempre que no contradigan las especialidades introducidas por esta nueva ley.

Dentro de esas especialidades, la ley prevé condiciones mínimas que debe contener el contrato de trabajo, así como reglamenta un deber de protección del empleador en torno a los riesgos laborales, la jornada de trabajo y la remuneración.

En cuanto a los trabajadores independientes, la ley también reglamenta ciertas condiciones mínimas de los contratos de prestación de servicios de trabajadores de plataformas digitales, incluyendo aspectos novedosos, tales como la determinación de la zona geográfica en que debe prestar servicios el trabajador independiente; la determinación de los tiempos máximos de conexión continua y la obligación de desconexión; las causales de terminación del contrato; etc.

La norma también se refiere a los honorarios de estos trabajadores y el acceso al sistema de seguridad social, así como le impone a la empresa titular de la plataforma digital, la obligación de resguardar el cumplimiento de un tiempo de desconexión mínimo del trabajador de plataformas digitales independiente de 12 horas continuas dentro de un período de 24 horas.

También existe un capítulo destinado a normas comunes aplicables a los trabajadores de plataformas digitales dependientes e independientes, en donde

se garantiza la transparencia y el derecho de información para el trabajador, en todo lo referido sus datos de carácter personal, por ejemplo, aquellos relacionados con su calificación y que impacten en el desempeño de su trabajo. Así, por ejemplo, la ley le garantiza un derecho a la portabilidad de esos datos, para ser utilizados en diferentes sistemas informáticos. La ley también prevé un derecho a la capacitación y a ciertas condiciones de seguridad mínimas, estando de cargo de las empresas, por ejemplo, la entrega de cascos de protección, rodilleras y coderas, etc.

Finalmente, la ley también dedica un apartado a los derechos colectivos y consagra que los trabajadores de plataformas digitales de servicios tendrán el derecho de constituir, sin autorización previa, las organizaciones sindicales que estimen convenientes, con la sola condición de sujetarse a la ley y a los estatutos de las mismas. Así, por ejemplo, las organizaciones sindicales que afilien a trabajadores dependientes e independientes de plataformas digitales o únicamente a estos últimos, podrán negociar colectivamente (como forma de una negociación no reglada) con las empresas de plataformas digitales.

4. Análisis desde una perspectiva comparada

Este estudio comparativo revela que hay una gran cantidad de posiciones, reglas, procedimientos y sistemas en conflicto que se han desarrollado con respecto a la calificación y regulación del trabajo mediante plataformas. Este debate puede interpretarse de dos maneras diferentes. Una forma de ver el problema es reconocer que ha habido una confusión legítima sobre las formas de trabajo basadas en plataformas que parecen no encajar fácilmente en las distinciones binarias de trabajador dependiente y contratista independiente. De hecho, en el contexto de los conductores de transporte compartido basados en plataformas, algunos países, como es el caso de España, han reconocido a estos trabajadores como empleados, mientras que los tribunales y las legislaturas del Reino Unido y Canadá han determinado que pertenecen a una tercera categoría de trabajadores más allá del binario empleado/contratista independiente. En los Estados Unidos, mientras que California reconoció a estos trabajadores y

empleados, el estado de Washington creó una nueva tercera categoría de trabajadores para los conductores basados en plataformas.

La otra forma de ver el debate es reconocer que, en todas las jurisdicciones, las empresas se han involucrado durante mucho tiempo en prácticas que conducen a una clasificación errónea que oscurece las relaciones laborales bajo la apariencia de un estado de contrato “falso”. En este contexto, muchos académicos y profesionales han argumentado que los intentos de los gigantes de las plataformas de clasificar a los trabajadores como contratistas independientes o, alternativamente, trabajadores de tercera categoría, son esfuerzos deliberados para clasificar erróneamente a los empleados genuinos, lo que les permite a las empresas continuar evadiendo el alcance de la legislación laboral. En particular, los problemas de la confusión legítima sobre la clasificación y la práctica de la incorrecta clasificación no son excluyentes. De hecho, ambos problemas existen dentro de los mismos sistemas legales.

Si bien las jurisdicciones de todo el mundo han comenzado a dar respuestas definitivas sobre la clasificación de los trabajadores basados en plataformas, la creciente evidencia sugiere que estas soluciones legales han demostrado ser relativamente ineficaces para garantizar el cumplimiento de las empresas de plataformas. De hecho, la falta de cumplimiento sigue siendo un problema importante en todas las jurisdicciones. Cuando entró en vigor la “ley *riders*” de España, las empresas de plataformas cambiaron de táctica para evitar cumplirla. Glovo solo contrató al 20% de su fuerza laboral y dejó al resto en una potencial guerra de ofertas por puestos de trabajo, mientras que Deliveroo amenazó con salir de sus operaciones en España y Uber Eats procedió con el modelo de tercerización⁷⁰.

Después de que el fallo de la Corte Suprema en el Reino Unido llevó a Uber a firmar un acuerdo de negociación colectiva con el sindicato GBM en mayo de 2021, lo que le permitió a GMB representar hasta 70.000 conductores de Uber del Reino Unido en negociaciones con la compañía sobre temas como pensiones y seguridad en el lugar de trabajo, la empresa se negó a permitir la negociación

⁷⁰ Disponible en <https://www.reuters.com/business/spanish-rule-protecting-gig-economy-riders-leads-labour-shortage-uber-says-2022-03-08/>.

colectiva sobre los ingresos de los conductores o la implementación del salario mínimo por parte de la empresa⁷¹. Más tarde, los conductores regresaron al Tribunal Laboral debido a la falta de cumplimiento de Uber con el salario mínimo nacional⁷². En los Estados Unidos, las empresas basadas en plataformas se negaron a cumplir con AB5 cuando se promulgó por primera vez, así como cuando se declaró inconstitucional la “Prop 22”⁷³. Las plataformas ya han respondido participando en la autoayuda mediante pedidos privados a través de los términos y condiciones de los contratos en línea, y los académicos han expresado su preocupación de que la falta de uniformidad con respecto a la clasificación de los trabajadores, podría incitar a las plataformas a participar en “*forum shopping*” y desencadenar una “carrera hacia el fondo” en las normas laborales⁷⁴.

5. LatCrit y una mirada hacia el futuro

Si bien un análisis comparativo no revela una propuesta única adecuada para la recalificación generalizada, sí revela que existe una necesidad urgente y duradera de desarrollar normas laborales referidas al trabajo mediante plataformas que establezcan un marco justo y equitativo que: 1) proteja a los trabajadores de plataformas que son subordinados y explotados por empresas que intentan evadir la legislación laboral y; 2) evite la expropiación del valor real que crean los trabajadores basados en plataformas. A medida que se esbozan los inicios de soluciones destinadas a abordar estos problemas, ofrecemos un conjunto de sugerencias prácticas basadas en la teoría y la praxis de LatCrit para orientar estos esfuerzos. De hecho, LatCrit proporciona útiles herramientas analíticas y metodológicas que pueden ayudar a orientar el trabajo de los tribunales y las legislaturas, así como de académicos y profesionales, mientras

⁷¹ Disponible en <https://www.computerweekly.com/news/252505950/Uber-and-GMB-pledge-to-end-driver-exploitation>.

⁷² Disponible en <https://www.reuters.com/business/spanish-rule-protecting-gig-economy-riders-leads-labour-shortage-uber-says-2022-03-08/>.

⁷³ Disponible en <https://news.bloomberglaw.com/us-law-week/prop-22-fight-back-in-court-as-california-seeks-to-revive-law>.

⁷⁴ CHERRY, M. “A Global System of Work, A Global System of Regulation?: Crowdwork and Conflicts of Law”, 94 Tul. L. Rev. 183, 189–90 (2020).

navegan y construyen regímenes normativos que regulan el trabajo basado en plataformas.

5.1. Conectar las luchas anti-subordinación

Adoptar un marco LatCrit que centre, conecte y compare las luchas contra la subordinación nos permite reconocer que, si bien las respuestas de las legislaturas y los tribunales de justicia de todo el mundo son variadas, en muchos casos, las experiencias vividas por los trabajadores explotados no lo son. Esto ayuda a iluminar las experiencias compartidas e interconectadas de los conductores de viajes compartidos de todo el mundo en sus batallas contra empresas como Uber, y por salarios justos, condiciones de trabajo y derechos y protecciones laborales. Destaca hasta qué punto la ley existente no ha logrado imponerse en las empresas basadas en plataformas que evaden la ley y lograr que cumplan y resuelvan el cambio de riesgo subyacente y la precariedad que definen ciertos sectores del trabajo basado en plataformas. También ayuda a aclarar que, para los operadores jurídicos, la cuestión planteada no se trata de discernir la plausible aplicación de las normas de derecho laboral que se pueden prever en cada caso o jurisdicción concretos. En cambio, conectar las luchas contra la subordinación de los trabajadores basados en plataformas nos obliga a considerar preguntas mucho más amplias y buscar una respuesta dogmática holística. Desafía a académicos, formuladores de políticas y profesionales a examinar patrones más amplios de subordinación económica y desposesión en la estructuración del derecho laboral y el derecho laboral basado en plataformas. Requiere un examen más profundo y articulaciones más claras de la relación entre el poder, la política y los sesgos reflejados en estas clasificaciones y regímenes legales, así como en la reproducción de la subordinación a nivel local, nacional y global.

5.2. Adoptar el realismo y la investigación doctrinal, interdisciplinaria y de abajo hacia arriba

La mayoría de las plataformas se han diseñado para satisfacer los intereses de la empresa y del consumidor. Las propias empresas de plataformas han liderado el desarrollo de los marcos regulares que abordan el funcionamiento de las empresas basadas en plataformas y el trabajo basado en plataformas. De hecho, las empresas a menudo han redactado la legislación por sí mismas. Además, los organismos reguladores y legislativos, especialmente al principio, dependían totalmente de la investigación, la información y los análisis que les proporcionaban las empresas basadas en plataformas que buscaban moldear la ley para su beneficio. De hecho, las primeras publicaciones “académicas” relacionadas con los salarios de los conductores y la relación laboral entre las empresas de transporte compartido basadas en plataformas y sus trabajadores fueron publicadas por académicos que trabajaban para Uber y eran pagados por Uber, utilizando datos recopilados por la propia empresa. Del mismo modo, los argumentos iniciales en contra de la clasificación de los conductores de transporte basados en plataformas como empleados y luego para su clasificación como trabajadores de tercera categoría con derechos y protecciones inferiores en relación con los empleados, que sirvieron como modelo para la “Prop 22” y el HB HB2076 de Washington, fueron primero avanzados por los eruditos que habían trabajado para este tipo de empresas. En combinación, esto ha llevado a leyes, políticas y recomendaciones de arriba hacia abajo. Sin embargo, ha habido algunas recomendaciones para la participación y consulta de los trabajadores en el proceso de elaboración de leyes y políticas.

El informe de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre la economía de plataformas incluyó entrevistas y encuestas con una amplia gama de partes interesadas, incluidos 12.000 trabajadores⁷⁵. Estos hallazgos ayudaron a informar a su Comisión sobre el futuro del trabajo, que proporcionó recomendaciones para el cambio. Por otro lado, la Directiva propuesta por la Comisión Europea se basó en una consulta con una amplia gama de partes interesadas, incluidos los propios trabajadores e investigadores cualitativos que han estudiado el trabajo basado en plataformas, interactuando directamente con

⁷⁵ Disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_771749.pdf.

los trabajadores⁷⁶. En los Estados Unidos, académicos del derecho que usan metodologías empíricas, como Veena Dubal⁷⁷, han movilizado metodologías etnográficas en desafíos directos a los esfuerzos de las compañías de transporte para asegurar la clasificación errónea de sus trabajadores a través de los tribunales y las legislaturas. Estos esfuerzos para involucrar a los trabajadores directamente han sido fundamentales para desarrollar una comprensión de los matices del trabajo basado en plataformas, las relaciones laborales y las tasas de pago y condiciones laborales predominantes en estos sectores. Sin embargo, la experiencia de California con la “Prop 22” destaca el hecho de que las empresas basadas en plataformas han gastado y gastarán millones de dólares para ahogar las voces de los trabajadores y la investigación crítica sobre las experiencias de los trabajadores al financiar campañas de mensajes y financiar investigaciones “independientes” que respaldan sus objetivos legales y políticos, enfatizando la necesidad perdurable de investigación en el área⁷⁸.

Sin embargo, nuestra capacidad para desarrollar marcos legales orientados a la anti-subordinación adecuados y exigibles que aborden la clasificación de los trabajadores, así como la transferencia de riesgos, la precariedad y el incumplimiento de las empresas que definen gran parte del campo, requiere que consultemos con los trabajadores y los comprometamos como partes interesadas, expertos de campo y socios en este trabajo es fundamental. Ampliar y fortalecer los exámenes interdisciplinarios intencionales de estos temas “desde abajo” de la jerarquía socio-jurídica prevaleciente y centrar la experiencia social, económica, política y legal de los trabajadores subordinados y explotados basados en plataformas, puede ayudar a desbaratar tanto las premisas como líneas de investigación en derecho laboral para ayudar

⁷⁶ Disponible en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_6605.

⁷⁷ DUBAL, V., “Economic security & the regulation of gig work in California: From AB5 to Proposition 22”. *European Labour Law Journal*. 2022;13(1):51-65. doi:10.1177/20319525211063111

⁷⁸ “Muchos de los otros estudios a los que hace referencia la campaña fueron financiados por Uber, Lyft y otras empresas que se beneficiarán si se aprueba la Proposición 22. Berkeley Research Group, que realizó el estudio sobre la pérdida de empleos, recibió más de \$411,000 de la campaña Sí, según los registros públicos presentados ante la Secretaría de Estado de California. Benenson Strategy Group y la Universidad de California, Riverside también realizaron una investigación financiada por Uber y Lyft, respectivamente”. Disponible en <https://www.cnet.com/tech/mobile/uber-and-lyft-paid-400k-to-firm-conducting-independent-studies-on-proposition-22/>.

a dar cabida a intervenciones socialmente eficaces. Esto puede ayudar a revelar brechas entre los enfoques legales predominantes para regular y clasificar el trabajo basado en plataformas y las experiencias vividas del trabajo basado en plataformas, deconstruyendo cualquier ficción legal persistente. También puede exponer cómo el derecho laboral basado en plataformas y el derecho laboral en general pueden generar y exacerbar la precariedad y la subordinación que soportan muchos trabajadores basados en plataformas, sacando a la luz áreas del derecho laboral que necesitan urgentemente una reparación.

Los académicos, profesionales y legisladores que trabajan en esta área deben explorar oportunidades para trabajar junto con trabajadores de plataformas y organizaciones de trabajadores de plataformas. Asimismo, pueden priorizar la accesibilidad del conocimiento que producen a los trabajadores de plataformas, organizaciones de trabajadores basados en plataformas, organizaciones comunitarias y otros agentes de cambio transformador social y legal.

5.3. Una mirada hacia el sur

En “Principled Labor Law: U.S. Labor Law Through a Latin American Method”, los autores Sergio Gamonal Contreras y Cesar F. Rosado Marzán argumentan que los tribunales de EE.UU. deben seguir el método latinoamericano de aplicar principios jurisprudenciales arraigados para interpretar el derecho laboral. Los autores explican que muchos países latinoamericanos han establecido principios cuyo propósito es proteger a los trabajadores del abuso y regir la interpretación de las leyes laborales y de empleo. Se inspiran en reconocido jurista uruguayo Óscar Ermida Uriarte, quien razonó que la razón de ser de la ley es proteger al trabajador⁷⁹. Ermida, como la mayoría de los juristas latinoamericanos en derecho laboral (entre ellos, Américo Plá Rodríguez), se preocupó por remediar el trabajo subordinado y dependiente

⁷⁹ GAMONAL, S.; ROSADO MARZÁN, C., Principled Labor Law (p. 31). Oxford University Press. Kindle Edition. Citando a Óscar Ermida Uriarte, Protección, Igualdad, Dignidad, Libertad y No Discriminación, 15 Cuadernos de AMATRA IV 11 (2011) (Braz.) [hereinafter Ermida Uriarte, Protección].

en la sociedad capitalista moderna. Cuando los trabajadores están subordinados y dependientes, explican Gamonal y Marzán, los empleadores pueden establecer más fácilmente los términos y condiciones de empleo que desean ofrecer a los trabajadores, despojándolos de su autonomía y dignidad⁸⁰. Argumentan que para el profesor Ermida, como para el derecho laboral en general en América Latina, el derecho laboral reequilibra la asimetría de poder en el trabajo, salvaguardando la dignidad humana de los trabajadores y los intereses morales de la sociedad. Por lo tanto, un principio protector surge del objetivo subyacente de equilibrar relaciones estructuralmente dispares en el trabajo⁸¹.

El principio protector postula que la ley debe proteger al trabajador en tanto que constituye la parte más débil en el contrato de trabajo. Sin protección, el trabajador se convertiría en una mercancía y su humanidad estaría amenazada. Por lo tanto, la ley debe ayudar a corregir esta preocupación moral; el propósito de la legislación laboral es, por lo tanto, igualar la diferencia de poder entre el empleado y el empleador. Surgido de los documentos de la OIT y otros convenios sobre derechos humanos, ha dado lugar a la regla jurídica en América Latina *in dubio pro operario*, lo que significa que cuando el sentido de la ley es ambiguo, el juez debe interpretar la ley a favor del trabajador. Si bien generalmente no se usa como criterio decisivo para determinar cómo aplicar la ley y no garantiza que un trabajador siempre prevalecerá, sirve como un argumento de apoyo que exige que los tribunales laborales y otros jueces asuman un papel de protección laboral⁸².

América Latina no está sola en la adopción de este principio protector. En Francia, la doctrina tradicional del derecho del trabajo ha enfatizado la naturaleza protectora del derecho laboral, que históricamente se ha orientado a proteger a los trabajadores de todas las formas de explotación social, particularmente dada la subordinación de los trabajadores a los empleadores⁸³. De manera similar, la

⁸⁰ Ídem.

⁸¹ Ídem.

⁸² Ídem.

⁸³ Ídem. Ver también JAVILLIER, J., *Droit du travail*, 51-53 (5th ed. 1996) y MEYER, N., *L'ordre public en droit du travail*, 99 (2006).

doctrina tradicional del derecho del trabajo en Italia ha enfatizado la necesidad de proteger al trabajador debido a su posición negociadora más débil y su subordinación al empleador y las implicaciones morales que rodean la mercantilización⁸⁴. La legislación laboral británica también ha hecho referencia a la protección de los débiles, aceptando el principio de que el trabajo no es una mercancía⁸⁵. Incluso la ley de los Estados Unidos, incluida la Decimotercera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, la Ley Nacional de Relaciones Laborales y la Ley de Normas Razonables de Trabajo respaldan el principio protector y justifican la legislación laboral protectora.

Extendemos la tesis de los referidos autores al derecho laboral basado en plataformas. La aplicación de estos principios destinados a resolver problemas de clasificación de trabajadores y leyes laborales funcionales y exigibles para la economía de plataforma, cimentan mejor la protección laboral en el panorama legal general de la economía de plataforma y protegen los estatutos de leyes laborales existentes contra las intrusiones de intereses comerciales que son hostiles a la legislación laboral y limitan la libertad de los trabajadores⁸⁶. La legislación laboral debería proteger a los trabajadores de plataformas de posibles abusos causados por las diferencias de poder entre trabajadores y empleadores. Los principios latinoamericanos ofrecen a los jueces y las legislaturas de todos los niveles, herramientas interpretativas que harían que la aplicación de la ley fuera más coherente con los derechos individuales y los protegiera.

5.4. Observaciones finales

Estas sugerencias pueden ayudar a orientar el trabajo en curso y futuro relacionado con el trabajo basado en plataformas. Su adopción puede ampliar nuestro conocimiento legal de las dinámicas sociales que sustentan y encarnan las cuestiones legales relacionadas con el trabajo basado en plataformas; facilitar intervenciones e interconexiones eficaces contra la subordinación; y

⁸⁴ GAMONAL, S.; ROSADO MARZÁN, C., *Op. cit.* Ver también, GIUGNI, G., *Lavoro legge contratti*, 252 (1989) and GIAMPIERO, P. & MATTIA, P., *Diritto del lavoro*, 126-27 (2008).

⁸⁵ GAMONAL, S.; ROSADO MARZÁN, C., *Op. cit.*

⁸⁶ GAMONAL, S.; ROSADO MARZÁN, C., *Op. cit.*

orientar la reformulación de una normativa laboral orientada a la anti-subordinación.

Bibliografía

- CALVO, F. (2017). “Uberpop como servicio de la sociedad de la información o como empresa de transporte: su importancia para y desde el derecho del trabajo”, en RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y HERNÁNDEZ, M. (Dir.), *Economía colaborativa y trabajo en plataforma: realidades y desafíos*, Editorial Bomarzo, Albacete.
- CHERRY, M. (2020). “A Global System of Work, A Global System of Regulation?: Crowdwork and Conflicts of Law”, 94 Tul. L. Rev. 183.
- DUBAL, V. (2022). “Economic security & the regulation of gig work in California: From AB5 to Proposition 22”. *European Labour Law Journal*, 13(1):51-65. doi:10.1177/20319525211063111.
- GAMONAL, S.; ROSADO MARZÁN, C. (2019). *Principled Labor Law*. Oxford University Press. Kindle Edition.
- GIUGNI, G. (1989). *Lavoro legge contratti*.
- GIAMPIERO, P. & MATTIA, P. (2008). *Diritto del lavoro*.
- JAVILLIER, J. (1996). *Droit du travail*, (5th ed.)
- MEYER, N. (2006). *L'ordre public en droit du travail*.
- ROSENBAUM CARLI, F. (2021). *El trabajo mediante plataformas digitales y sus problemas de calificación jurídica*, Thomson Reuters - Aranzadi, España.
- SERRANO, R. (2017). “Nuevas formas de organización empresarial: economía colaborativa -o mejor, economía digital a demanda-, trabajo 3.0 y laboralidad”, en RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y HERNÁNDEZ, M. (Dir.), *Economía colaborativa y trabajo en plataforma: realidades y desafíos*, Editorial Bomarzo, Albacete.
- TRILLO, F. (2017). “Uber, ¿sociedad de la información o prestadora de servicios de transporte? Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 20 de diciembre de 2017”, *Revista de Derecho Social*, Núm. 80, Editorial Bomarzo, Albacete.

Recursos electrónicos

- AGOTE, R. (2016). “La reforma laboral francesa otorga derechos laborales a los trabajadores independientes que presten sus servicios en la gig economy”, *Blog Cuatrecasas*. Entrada de Blog del día 20 de octubre de 2016. Disponible en <https://blog.cuatrecasas.com/laboral/la-reforma-laboral-francesa-otorga-derechos-tipicamente-laborales-a-los-trabajadores-independientes-que-presten-sus-servicios-en-la-gig-economy/>.
- ALOISI, A. y DE STEFANO, V. (2019). “Il decreto *riders* fuori tempo massimo: un anno di attesa per consegnare un ‘pacco’”, *Diritti Comparati*. Entrada del día 4 de octubre de 2019. Disponible en <http://www.diritticomparati.it/il-decreto-riders-fuori-tempo-massimo-un-anno-di-attesa-per-consegnare-un-pacco/>.
- BAYLOS, A. (2021). “El acuerdo social sobre la ‘ley riders’”, *Según Antonio Baylos...* Entrada de Blog del día 13 de marzo de 2021. Disponible en <https://baylos.blogspot.com/2021/03/el-acuerdo-social-sobre-la-ley-riders.html>.
- BORKHOLDER, J., MONTGOMERY, M., SAIKA CHEN, M. y SMITH, R. (2018). “Uber State Interference: How TNC’s Buy, Bully, and Bamboozle Their Way to Deregulation”, (New York: National Employment Law Project). Disponible en <https://www.nelp.org/publication/uber-state-interference/>.
- CAPPONI, F. y PELUSI, L. (2019). “Le nuove tutele del lavoro tramite piattaforma ‘anche’ digitale: commento al d.l. n. 101/2019”, *Bollettino ADAPT*, Núm. 31. Entrada del día 9 de septiembre de 2019. Disponible en <http://www.bollettinoadapt.it/bollettino-adapt/ordinario/9-settembre-2019-n-31/>.
- DAGNINO, E. (2019). “Note tecnico-giuridiche al decreto-legge 3 settembre 2019, n. 101, e i prevedibili impatti sul settore del delivery”, *Working Paper ADAPT*, Núm. 4. Disponible en https://moodle.adaptland.it/pluginfile.php/52981/mod_resource/content/0/wp_2019_4_dagnino.pdf.
- DE STEFANO, V. y ALOISI, A. (2018). *European legal framework for “digital labour platforms”*, Comisión Europea - Oficina de publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo. Disponible en

https://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/bitstream/JRC112243/jrc112243_legal_framework_digital_labour_platforms_final.pdf.

EISENBREY, R. y MISHEL, L. (2016). "Uber Business Model Does not Justify a New 'Independent Worker' Category", Economic Policy Institute (March 17, 2016). Disponible en <https://www.epi.org/publication/uber-business-model-does-not-justify-a-new-independent-worker-category/>.

IZVANARIU, P. (2017). *Matters Settled But Not Resolved: Worker Misclassification in the Rideshare Sector*, 66 DePaul L. Rev. Disponible en <https://via.library.depaul.edu/law-review/vol66/iss1/7>.

PHAM, G. (2021). "The Launch of a New Coalition: Protecting the Rights of Gig Workers in Massachusetts", Massachusetts Jobs with Justice, 29.06.2021. Disponible en <https://www.massjwj.net/blog/2021/6/29/the-launch-of-a-new-coalition-protecting-the-rights-of-gig-workers-in-massachusetts>.

PRASSL, J. y RISAK, M. (2016). "Uber, Taskrabbit, & Co: Platforms as Employers? Rethinking the Legal Analysis of Crowdwork", *Comparative Labour Law and Policy Journal*, No 8/2016. Disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID2733003_code2511333.pdf?abstractid=2733003&mirid=1.

ROJO, E. (2018). "La normativa francesa sobre la actividad de las plataformas de servicios y la relación jurídica con los prestadores de actividad para ellas", *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*. Entrada de Blog del día 1 de agosto de 2018. Disponible en <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2018/08/la-normativa-francesa-sobre-la.html>.

ROJO, E. (2019). "La regulación contractual de los trabajadores de plataformas en Francia. Lo que se quiere contar, y lo que se debe explicar. A propósito de la Ley de 24 de diciembre de 2019 de orientación de las movilidades", *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*. Entrada de Blog del día 29 de diciembre de 2019. Disponible en <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2019/12/la-regulacion-contractual-de-los.html>.

- ROJO, E. (2020). “Pues sí, la saga Glovo (y los glovers) merecen un caso práctico. Notas a la sentencia del TS de 25 de septiembre de 2020, que declara la laboralidad, y recordatorio de las sentencias del JS núm. 39 de Madrid de 3 de septiembre de 2018 y del TSJ de Madrid de 19 de septiembre de 2019(y II)”, *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*. Entrada de Blog del día 2 de octubre de 2020. Disponible en <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2020/10/pues-si-la-saga-glovo-y-los-glovers-2.html>.
- ROJO, E. (2021). “La laboralidad de los repartidores. Un buen acuerdo en el diálogo social”, *Net21, Análisis*, 25.03.2021. Disponible en <https://www.net21.org/wp-content/uploads/2021/03/La-laboralidad-de-los-repartidores-EDUARDO-ROJO.pdf>.
- SIERRA, E. (2017). “Teletrabajo, uberización y robotización del trabajo: propuesta para un Derecho del Trabajo consistente (sólido, estable y duradero)”, *Revista IDEIDES*, 23 de diciembre de 2017. Disponible en <http://revista-ideides.com/teletrabajo-uberizacion-y-robotizacion-del-trabajo-propuesta-para-un-derecho-del-trabajo-consistente-solido-estable-y-duradero/>.

**DEBATE: LA VIOLENCIA Y EL ACOSO EN EL MUNDO DEL
TRABAJO LUEGO DE LA ENTRADA EN VIGENCIA DEL
CONVENIO 190 DE LA OIT**

**DISCUSSION: VIOLENCE AND HARASSMENT IN THE WORLD
OF WORK AFTER THE ENTRY INTO FORCE OF THE ILO
CONVENTION 190**

La aprobación del Convenio núm. 190 de la OIT sobre violencia y acoso en el mundo del trabajo, fue un hito histórico en el seno de dicho organismo internacional, tanto por la importancia de la temática elevada a rango de convenio internacional del trabajo, como por los niveles de acuerdos que fueron necesarios alcanzar para dar luz a dicho instrumento internacional.

En el mes de diciembre de 2019, Uruguay se convirtió en el primer país del mundo en ratificar el Convenio mencionado, siendo también pionero en registrar la ratificación ante el Director General de la Oficina Internacional del Trabajo, el día 12 de junio de 2020.

Del contexto normativo uruguayo antes de la aprobación del referido instrumento internacional, se puede desprender una insuficiencia y ausencia de regulación integral sobre la temática del acoso y la violencia en el trabajo. Como aspectos más destacables de la normativa, se encuentra la regulación en materia de acoso sexual y sobre la violencia hacia las mujeres basada en género. Sin embargo, se constata al día de hoy que sigue existiendo un vacío normativo en relación a la prevención y sanción del acoso moral o laboral y la violencia en el trabajo. Precisamente, en términos históricos, ante tal escenario se tornó indispensable la sistematización y ordenación coherente de ciertos conceptos y criterios efectuados por la doctrina científica y la jurisprudencia nacional, quienes han debido suplir el rol del legislador a los efectos de dotar de protección a este tipo de situaciones y a quienes son las víctimas de conductas de violencia o acoso en el ámbito laboral. En ese marco es que, en la actualidad, en Uruguay ha salido a la luz un primer borrador de anteproyecto de ley para regular esta temática.

Sin perjuicio de dicha especial realidad nacional, lo cierto es que luego de la ratificación del Convenio por parte de diferentes países a nivel comparado, la posterior tarea -y para nada fácil- se concentra en la transposición a los diferentes ordenamientos jurídicos a través de la reglamentación correspondiente.

Lo cierto es que la tarea reglamentaria será de fundamental importancia a nivel interno, dada la libertad y autonomía que dispondrá cada país en la regulación de variadas temáticas -expresamente reconocida en el convenio-,

producto de la redacción finalmente adoptada en el mismo, en gran medida motivado por el contexto de aprobación de dicho instrumento antes referenciado. Tal es así, por ejemplo, en materia de definición conceptual de las figuras de la violencia y el acoso en el trabajo, que, para lograr niveles de consenso amplios en la Conferencia, fue necesario reconocer la libertad de cada Estado para definir en su legislación ambos conceptos de manera unificada o separada (art. 1.2).

El tema de Debate es extensamente abordado por la Prof. Cristina Mangarelli, con un enfoque amplio para ser considerado por cada país -haya ratificado o no del Convenio-, y a la vez, con profundidad analítica. Contiene una descripción de los contenidos de dicho instrumento internacional, así como propuestas dirigidas a erradicar las conductas de violencia y acoso en el trabajo, como la incorporación del Convenio dentro de la Declaración de principios y derechos fundamentales en el trabajo de la OIT de 1998. En cuanto a la adecuación normativa interna en el caso uruguayo, la autora propone que se apruebe una ley que regula la violencia y el acoso laboral, definiendo de manera separada ambas nociones, y exigiendo la reiteración de las conductas a los efectos de la configuración de la figura del acoso laboral -tal como lo ha hecho el borrador de ante-proyecto de ley recientemente presentado en Uruguay-.

El análisis pormenorizado de la Prof. Cristina Mangarelli constituye un aporte de altísimo valor, con un amplio y detallado escrutinio del Convenio internacional, presentando además una clarificante exposición de todos sus aspectos positivos, cumpliendo con el objetivo trazado por la Dirección de la Revista Jurídica del Trabajo a la hora de poner en la mesa de debate esta temática tan trascendente del mundo del trabajo.

Federico Rosenbaum Carli¹

(Coordinador del tema de debate del N° 8)

¹ Doctor en Derecho (PhD) del programa de Administración, hacienda y justicia en el Estado Social y Magíster (LLM) en Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Universidad de Salamanca, España. Profesor Adjunto de alta dedicación y Director de los Programas Académicos de las carreras de grado de Abogacía y Notariado, Universidad Católica del Uruguay. Investigador activo del Sistema Nacional de Investigadores (SNI-ANII). ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-1152-6561>. Correo electrónico: federico.rosenbaum@ucu.edu.uy.

**EL CONVENIO NÚM. 190 SOBRE VIOLENCIA Y ACOSO Y SU
IMPORTANCIA A NIVEL MUNDIAL**

**THE CONVENTION NO. 190 ON VIOLENCE AND
HARASSMENT AND ITS IMPORTANCE WORLDWIDE**

Cristina MANGARELLI

Decana de la Facultad de Derecho y Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de la República, Uruguay. Académica de Número de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y de la Academia Nacional de Derecho de Uruguay. Ex vicepresidenta de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (2006-2009).

mangarelli@vera.com.uy

Fecha de envío: 12/08/2022

Fecha de aceptación: 15/08/2022

EL CONVENIO NÚM. 190 SOBRE VIOLENCIA Y ACOSO Y SU IMPORTANCIA A NIVEL MUNDIAL

Cristina MANGARELLI

Universidad de la República (Uruguay)

Resumen: En el presente trabajo, la autora enfatiza en la importancia a nivel mundial del Convenio núm. 190 y a su particular normativa que comprende a personas fuera del régimen de subordinación jurídica. Se analizan las principales obligaciones que el Convenio pone a cargo de los países que lo ratifiquen, y se estudian varias de sus disposiciones como las relativas al concepto, al ámbito de aplicación, a la responsabilidad del empleador y a las medidas de prevención. Por último, se aportan algunas reflexiones generales.

Palabras clave: Violencia - Acoso - Acoso laboral - Acoso sexual - Convenio 190 OIT

Sumario: 1. Introducción. 2. La importancia del convenio núm. 190 sobre violencia y acoso. 3. El convenio núm. 190 como norma aplicable a las personas que trabajan sean o no subordinadas ¿el inicio de un nuevo campo subjetivo de aplicación de la norma laboral? 4. Obligaciones de los países que ratifiquen el Convenio núm. 190. 5. Obligaciones de Uruguay para dar aplicación al Convenio núm. 190. 6. El concepto de violencia y acoso en el Convenio núm. 190. 7. Ámbito de aplicación del Convenio núm. 190. 8. Obligaciones y responsabilidad del empleador. 9. Reflexiones finales.

Abstract: In this paper, the author emphasizes the global importance of Convention No. 190 and its particular regulations that include people outside the regime of legal subordination. The main obligations that the Convention places on the countries that ratify it are analyzed, and several of its provisions are

studied, such as those related to the concept, the scope of application, the employer's responsibility and prevention measures. Finally, some general reflections are provided.

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

Summary: 1. Introduction. 2. The importance of convention no. 190 on violence and harassment. 3. Convention no. 190 as a norm applicable to people who work, whether or not they are subordinate, the beginning of a new subjective field of application of the labor norm? 4. Obligations of the countries that ratify Convention no. 190. 5. Obligations of Uruguay to apply Convention no. 190. 6. The concept of violence and harassment in Convention no. 190. 7. Scope of application of Convention no. 190. 8. Obligations and responsibility of the employer. 9. Final thoughts.

1. Introducción

La Conferencia Internacional del Trabajo adoptó el 21 de junio de 2019 el Convenio Internacional de Trabajo núm. 190 sobre la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, lo que constituye un claro avance a nivel mundial en el combate de estos comportamientos. En la misma fecha la Conferencia también adoptó la Recomendación 206 sobre la violencia y el acoso que complementa el Convenio.

La importancia de este Convenio tiene que ver no sólo con el tema que trata, sino además con varios aspectos de su contenido que deben ser destacados. Los Estados que lo ratifiquen enfrentan numerosos desafíos para dar plena aplicación al Convenio. Sin embargo, este Convenio merece ser considerado y analizado más allá de la ratificación por determinado país.

Uruguay fue el primer país que ratificó este Convenio (ley N°19.849 de 23.12.2019), que rige en nuestro país desde su entrada en vigor el 25.6.2021.

En este trabajo se hará referencia a la importancia a nivel mundial del Convenio núm. 190 y a su particular normativa que comprende a personas fuera del régimen de subordinación jurídica. Se analizarán las principales obligaciones que el Convenio pone a cargo de los países que lo ratifiquen, y se estudiarán varias de sus disposiciones como las relativas al concepto, al ámbito de aplicación, a la responsabilidad del empleador y a las medidas de prevención. Por último, se realizarán algunas reflexiones generales.

2. La importancia del convenio núm. 190 sobre violencia y acoso

El Convenio núm. 190 debe ser destacado entre otras, por las siguientes razones:

a) Constituye un firme rechazo de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo

El Convenio núm. 190 expresa un firme rechazo de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo en tanto estos comportamientos afectan derechos humanos y causan (o son susceptibles de causar) daño a las personas.

El Convenio en su parte expositiva hace referencia a la responsabilidad del Estado de promover un entorno de “tolerancia cero” ante la violencia y el acoso para favorecer la prevención de estas conductas, y al deber de todos los actores del mundo del trabajo de abstenerse de estos actos y de prevenirlos. El Convenio promueve una “cultura del trabajo” fundada en el respeto mutuo y la dignidad de la persona a efectos de prevenir la violencia y el acoso.

El abordaje del tema de la violencia y el acoso en formato de Convenio tiene gran significación, en un momento en el que a nivel global se aprecia el interés por el tema y las investigaciones realizadas en los distintos países han demostrado que un elevado número de personas sufren violencia y acoso en el trabajo o en ocasión del mismo.

A mi modo de ver, si bien el Convenio núm. 190 obliga sólo a los países que lo ratifiquen, tal como indica el art. 14 num.1 (“El presente Convenio obligará únicamente a aquellos Miembros de la Organización Internacional del Trabajo cuyas ratificaciones haya registrado el Director General de la Oficina Internacional del Trabajo”), tiene gran relevancia a nivel mundial con independencia a su ratificación por un país miembro. Ello porque la idea que expresa este instrumento es de tolerancia cero a estos comportamientos que violentan derechos humanos.

Por tanto, se ratifique o no por un determinado país este Convenio, de todos modos, el mensaje claro que se desprende de su texto es que la violencia y el acoso no pueden ser admitidos en el mundo del trabajo. Por otra parte, de la Recomendación N° 206 sobre la violencia y el acoso surge la misma idea.

b) Reconoce el “derecho” de toda persona a un mundo del trabajo libre de violencia y acoso

El Convenio núm. 190 reconoce “el derecho de toda persona a un mundo del trabajo libre de violencia y acoso” en su parte expositiva (“Reconociendo 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 en el art. 4 al precisar que el Miembro que ratifique el Convenio deberá respetar, promover y asegurar el disfrute del “derecho de toda persona a un mundo del trabajo libre de violencia y acoso”. Este derecho venía desde hace años siendo invocado en trabajos doctrinarios y ahora de modo expreso aparece en el texto del Convenio.

Con frecuencia el “derecho” a un ambiente de trabajo libre de violencia y acoso se encuentra en la lista de derechos laborales contenidos en los códigos de conducta de las empresas multinacionales, tanto en los códigos dirigidos al personal de la empresa como los formulados para ser cumplidos por las empresas proveedoras¹. Ello da cuenta del reconocimiento de este derecho a nivel global, y de la coincidencia que existe respecto de que estas prácticas no pueden ser admitidas.

Considero que este “derecho de toda persona a un mundo del trabajo libre de violencia y acoso” debería ser incluido en la Declaración de principios y derechos fundamentales en el trabajo de la OIT de 1998 por tratarse de un derecho fundamental y de carácter universal, que debe ser respetado por los Miembros aun cuando no hayan ratificado el Convenio². Se trata de un derecho fundamental de la persona en tanto implica el respeto a la dignidad de la persona.

Con la propuesta que realizo sigo la línea de incorporar otros derechos en la Declaración de principios y derechos fundamentales en el trabajo de la OIT de 1998 formulada por Supiot (con relación al derecho a la seguridad social)³, y por la Comisión sobre el Futuro del Trabajo en el informe de 2019 (respecto de la seguridad y salud en el trabajo)⁴, recientemente recogida por la Resolución de la Conferencia Internacional del Trabajo de 6 junio de 2022 que incluyó un entorno de trabajo seguro y saludable en dicha Declaración de 1988⁵.

¹ Mangarelli, Cristina, *Códigos de conducta en el marco de la responsabilidad social de la empresa*, FCU, Montevideo 2009, pp. 66-69.

² Mangarelli, Cristina, “El Convenio 190 y el derecho a un mundo del trabajo libre de violencia y acoso”, *XXX Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, FCU, 2019, p. 208, y *Acoso y violencia en el trabajo. Enfoque jurídico*, 2da. ed., FCU, Montevideo 2021, p. 42, y 3ra. ed. 2022 pp. 42 y 247-248.

³ Supiot, Alain, “La place de la sécurité sociale dans le système des normes internationales du travail. Protection sociale et travail décent”, *Semaine Sociale Lamy*, Supplément n° 1272, Paris, 2006, p. 8.

⁴ Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo, *Trabajar para un futuro más prometedor*, OIT Ginebra 2019, p. 13, en: www.ilo.org

⁵ Ver en: www.ilo.org

c) Obliga al Estado a adoptar un enfoque inclusivo e integrado para prevenir y erradicar estos comportamientos

El Convenio núm. 190 obliga a los Estados que lo ratifiquen a adoptar un enfoque inclusivo e integrado para prevenir y erradicar la violencia y el acoso. El enfoque integrado comprende todos los aspectos que hay que considerar en el abordaje de esta cuestión, lo que incidirá en el combate de estas conductas.

Los principales temas a tener en cuenta en la cuestión de la violencia y el acoso en el trabajo están contenidos en este Convenio: el concepto, la prevención, la protección, las vías de recurso y reparación, el control de aplicación, la formación y la sensibilización.

d) Requiere que el enfoque inclusivo e integrado tome en cuenta las consideraciones de género

El Convenio núm. 190 requiere que se tomen en cuenta las consideraciones de género en la prevención y erradicación del acoso y la violencia en el trabajo, y se aborden las causas que dan origen a estos comportamientos como los estereotipos de género.

Este Convenio reconoce que la violencia y el acoso por razón de género afectan de manera desproporcionada a las mujeres y las niñas. Indica además que se debe tener en cuenta la incidencia que la “violencia doméstica” puede tener en el empleo, lo que también debe ser destacado

El enfoque de género es reiteradamente aludido en el Convenio y también en la Recomendación N° 206 que lo complementa. Y se lo requiere no sólo en materia de prevención, sino también en lo que refiere a protección, vías de recurso y reparación, sin perjuicio de la formación y sensibilización.

Véase además que en el reconocimiento que hace el Convenio del derecho de toda persona a un mundo del trabajo libre de violencia y acoso, se indica en forma expresa que se incluye la violencia y el acoso por razón de género. Se trata entonces del derecho de la persona a un mundo del trabajo libre de violencia y acoso por razón de género.

e) El ámbito de aplicación subjetivo abarca a personas que trabajan fuera del régimen de subordinación

El Convenio comprende a las personas que trabajan cualquiera sea su situación contractual, lo que lo sitúa en un enfoque moderno de asegurar la vigencia de derechos a los trabajadores, sean o no dependientes.

El Convenio se aleja así del concepto de dependencia jurídica, para ampliar su campo de protección a personas que trabajan fuera del vínculo de subordinación jurídica (por ejemplo, trabajo voluntario).

Ello no implica que dichas personas adquieran la calidad de dependientes, sino que se trata de comportamientos inaceptables en cualquier tipo de trabajo o relación. La postura es de total rechazo de estos comportamientos en el mundo del trabajo, cualquiera sea la situación contractual de la víctima de estas conductas.

3. El convenio núm. 190 como norma aplicable a las personas que trabajan sean o no subordinadas ¿el inicio de un nuevo campo subjetivo de aplicación de la norma laboral?

A mi modo de ver, el Derecho del Trabajo del futuro comprenderá a todas las personas que trabajan, aunque con distintos estatutos protectores. Y se asegurará un grupo de derechos laborales para todos los trabajadores, sean o no subordinados.

El Convenio núm. 190 es un buen ejemplo de la normativa que entiendo que en el futuro se irá aprobando a nivel mundial, abarcando el sector privado y público, aplicable a todas las personas que laboran, sin exigir que se trate de trabajadores dependientes.

La idea en la que se basa el Convenio es la de considerar que la temática de la violencia y del acoso en el mundo del trabajo debe recibir el mismo tratamiento respecto de todas las personas que trabajan.

Desde hace años se viene formulando a nivel mundial iniciativas que refieren a asegurar un grupo de derechos laborales a todas las personas que trabajan. Esta idea ha recibido apoyo de la Comisión Mundial para el futuro del

trabajo en su informe de 2019 en el que se hace referencia a una “garantía laboral universal” para las personas que trabajan con independencia a su situación contractual, integrada por grupo de derechos laborales. En esa nómina de derechos están comprendidos los principios y derechos fundamentales en el trabajo de la Declaración de la OIT de 1998. Más allá de la inclusión del “derecho de toda persona a un mundo del trabajo libre de violencia y acoso” en dicha Declaración, este derecho a mi modo de ver debería estar incluido en el grupo de derechos básicos y universales de aplicación en todos los Estados con independencia a la ratificación del convenio respectivo⁶.

4. Obligaciones de los países que ratifiquen el Convenio núm. 190

Los países que ratifiquen este Convenio deberán dar plena aplicación a sus disposiciones y para ello además de adecuar la normativa interna, deberán adoptar políticas públicas y diversas acciones.

1) Adecuar la normativa interna a lo dispuesto por el Convenio

El Convenio obliga a los Estados que lo ratifiquen a adoptar un enfoque inclusivo e “integrado” de prevención, que tenga en cuenta las consideraciones de género, y que incluya además de prevención, protección, vías de recurso, reparación, control de aplicación y formación. La normativa y las políticas públicas deben abordar dichos temas.

El Convenio además requiere que la legislación prohíba y defina la violencia y el acoso (art. 7 y art. 4,2a), y establezca medidas de prevención a cargo de los empleadores (art. 9).

Los Estados que ratifiquen el Convenio núm. 190 deberán aprobar normas o modificar las existentes para dar cumplimiento al Convenio. Sin perjuicio de la aplicación inmediata del Convenio en lo pertinente y de acuerdo al sistema del país.

⁶ Un desarrollo más extenso de esta postura puede verse en Mangarelli, *Acoso y violencia en el trabajo*, cit., 3ª. ed. cit. pp. 42-44.

Como es sabido, la ejecución de un Convenio depende del ordenamiento jurídico del país de que se trate. En el caso de Uruguay, cuando un Convenio es ratificado no requiere de otra ley para ejecutarlo. El Convenio núm. 190 rige en Uruguay desde el 25.6.2021 y resulta aplicable desde esa fecha. Sin embargo, este Convenio dispone que el miembro que lo ratifique “deberá adoptar una legislación que defina y prohíba la violencia y el acoso”, por lo que se requiere que la definición deba estar contenida en la ley. El Convenio también requiere que sea la legislación la que establezca la obligación de prevención del empleador. Así lo establece el art. 9: “Todo Miembro deberá adoptar una legislación que exija a los empleadores tomar medidas ...para prevenir la violencia y el acoso...”.

La exigencia de ley se reitera respecto de la prohibición de estas conductas en el art. 4 num. 2 b) que establece que en el enfoque integrado que el Miembro “deberá” adoptar se incluye “prohibir legalmente la violencia y el acoso”.

Por todo ello a mi modo de ver, el Convenio núm. 190 requiere la existencia de una ley por lo menos para contemplar los aspectos mencionados.

Si ya rige en el Estado una ley sobre acoso o violencia laboral, será necesario analizar si su contenido se adecua al Convenio y realizar los ajustes que correspondan. Si se cuenta con una ley sobre acoso en alguna de sus modalidades (por ejemplo, sobre acoso sexual), se deberá aprobar una nueva ley que refiera a las conductas que no se encuentren comprendidas en la legislación. En el caso de que no exista ley específica y las referencias a la violencia aparezcan en normas sobre seguridad y salud o relativas a discriminación, se deberá sancionar una ley que contenga los requerimientos del Convenio.

2) Adoptar un enfoque inclusivo e integrado para prevenir y eliminar la violencia y el acoso

Como se señaló, el Estado que ratifique el Convenio deberá adoptar un enfoque inclusivo e integrado que tenga en cuenta las consideraciones de género para prevenir la violencia y el acoso. Ello se logra además de adecuar la

normativa a lo dispuesto por el Convenio, con políticas públicas y diversas acciones que conformen una “estrategia integral” de prevención y erradicación de estas conductas. Se requiere la consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores.

El Estado debe “respetar, promover y asegurar el disfrute del derecho de toda persona a un mundo del trabajo libre de violencia y acoso”. Para asegurar el disfrute de dicho derecho, la legislación debe establecer la obligación de prevención a cargo de los empleadores, y la normativa prever vías de defensa y de solución de conflictos (procedimientos para presentar denuncias, obligación de efectuar investigaciones, protección durante la investigación, protección contra represalias), sin perjuicio de la acción ante la justicia y la obtención de una reparación.

Se deberán adoptar medidas generales y específicas que tengan en cuenta situaciones especiales como el caso de los trabajadores más expuestos a sufrir violencia. La política nacional debería abarcar todos los aspectos vinculados con el tema como seguridad y salud, igualdad y no discriminación.

La actuación de los Ministerios de Trabajo resulta de importancia en la promoción y garantía del referido derecho. También se requiere una reglamentación que exija medidas de prevención en el interior de las empresas (política de rechazo de la violencia, protocolos de actuación ante denuncias, cursos de sensibilización y capacitación). Otra forma de tutela es admitir la presentación de las denuncias ante dichos Ministerios y asignar competencia a las Inspecciones del Trabajo para recabar testimonios durante las inspecciones, y llevar adelante las investigaciones.

Deberían considerarse en la normativa y en las políticas que se adopten las responsabilidades de los empleadores y de los trabajadores, y de sus organizaciones en la erradicación de estas conductas. Los gobiernos deberían promover la actuación en prevención de todos los actores.

3) Contar con un adecuado control de aplicación

Para garantizar el derecho de toda persona a un mundo del trabajo libre de violencia y acoso también es necesario que exista un control efectivo de la

aplicación de la normativa a través del organismo competente. En la medida de que se impongan sanciones ante infracciones de los empleadores, se estará actuando en prevención.

El Convenio obliga al Miembro a garantizar que los medios de inspección sean efectivos. Ello se logra con normas que otorguen a las Inspecciones del Trabajo atribuciones suficientes en inspecciones e investigaciones.

La negociación colectiva también constituye un instrumento eficaz para la aplicación de la normativa.

4) Sensibilizar y formar

Los Estados que ratifiquen el Convenio deberán brindar formación en esta temática a empleadores y trabajadores, y a las organizaciones respectivas que incluya el enfoque de género. También se requiere la realización de campañas de sensibilización.

Podrá tratarse de políticas específicas o contenidas en otras como las de seguridad y salud en el trabajo, igualdad y no discriminación, y migración. Teniendo en cuenta “la estrategia integral” indicada en el Convenio, la sensibilización y formación deberá llevarse a cabo en todas las políticas relacionadas con el tema. Sin perjuicio de la capacitación y formación a cargo de las organizaciones de trabajadores y de empleadores, y de la que corresponde al empleador en la empresa.

5. Obligaciones de Uruguay para dar aplicación al Convenio núm. 190

Respecto de Uruguay, si bien este Convenio rige en nuestro país como se señaló precedentemente desde el 25.06.2021 sin requerir otra ley para su ejecución, he señalado la necesidad de aprobar una ley sobre violencia y acoso laboral para dar plena aplicación al Convenio⁷. No sería suficiente con una reglamentación del Convenio, porque éste indica diversos temas que tienen que estar previstos en la ley.

⁷ Más ampliamente en Mangarelli, *Acoso y violencia en el trabajo*, 2° ed. y 3ª. ed. cit. pp. 261-263.

Uruguay cuenta con una ley sobre acoso sexual en las relaciones de trabajo (ley N°18.561 de 11.9.2009), por lo que entiendo que se deberá aprobar una ley sobre “violencia y acoso laboral”. La nueva ley deberá definir la violencia y el acoso como conceptos separados, requiriendo en la noción de acoso laboral la reiteración de las conductas, señalar su ámbito de aplicación, establecer la obligación de prevención a cargo del empleador, y precisar su responsabilidad.

También deberá prever la obligación del empleador de investigar las denuncias o de enviarlas al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social para que éste realice la investigación, y la posibilidad de que se presente la denuncia ante el mencionado Ministerio, sin perjuicio de la acción judicial. Sería conveniente que la ley estableciera la protección de la víctima y testigos durante la investigación, la protección contra represalias y la obligación de sancionar al responsable como acontece en la ley sobre acoso sexual. En cuanto a la reparación del daño, se podría prever una indemnización mínima por daño moral, y la posibilidad de optar por el despido indirecto con una indemnización que se acumule a la común.

Dicho Ministerio está elaborando un proyecto de ley sobre acoso y violencia en el trabajo que se adecue al Convenio núm. 190, que en breve será presentado en el Parlamento.

6. El concepto de violencia y acoso en el Convenio núm. 190

6.1. El Convenio núm. 190 no define la violencia y el acoso en forma separada, sino que recoge *“la expresión “violencia y acoso” en el mundo del trabajo”*, indicando que dicha “expresión” designa: un conjunto de comportamientos y prácticas inaceptables, o de amenazas de dichos comportamientos y prácticas, ya se manifiesten una sola vez o en forma repetida, que tengan por objeto, que causen o sean susceptibles de causar daño (físico, psicológico, sexual o económico).

El Convenio establece que la expresión “la violencia y el acoso” incluye la violencia y el acoso por razón de género, y luego precisa el significado de la expresión violencia y acoso por razón de género.

Debe destacarse que el Convenio en su art. 1 numeral 2 deja librado a la legislación del país la definición de “violencia y acoso” como un concepto único o como conceptos separados (“la violencia y el acoso pueden definirse en la legislación nacional como un concepto único o como conceptos separados”).

Veamos los elementos de la definición de la expresión “violencia y acoso” en el mundo del trabajo que brinda el Convenio:

a) Comportamientos y prácticas “inaceptables” (o de amenazas)

Para el Convenio el rasgo que caracteriza la violencia y el acoso es que se trata de comportamientos y prácticas “inaceptables” (o de amenazas de tales comportamientos y prácticas), aunque no aclara qué se entiende por “inaceptable”. La utilización de esa calificación es a los efectos de indicar que son comportamientos que no pueden ser admitidos. Este es un punto que seguramente será precisado por la ley al definir la violencia y el acoso.

En 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) se define la violencia como la acción, incidente o comportamiento “que se aparta de lo razonable” y por la cual una persona es “agredida, amenazada, humillada o lesionada por otra” en el ejercicio de su actividad profesional o como consecuencia directa de la misma⁸. Se aclara que por “consecuencia directa” se entiende “un vínculo claro con el ejercicio de la actividad profesional y se supone que dicha acción, incidente o comportamiento ocurre posteriormente, dentro de un plazo de tiempo razonable”.

En la Reunión de Expertos sobre violencia en el mundo del trabajo (2016) se prefirió utilizar la denominación “violencia y acoso” para hacer referencia a un “continuo de comportamientos y prácticas inaceptables que probablemente se traduzcan en sufrimiento o daños físicos, psicológicos o sexuales”⁹. En esta

⁸ *Repertorio de recomendaciones prácticas sobre la violencia en el lugar de trabajo en el sector de los servicios y medidas para combatirla*, Reunión de Expertos, Ginebra 8-15 de octubre 2003, OIT. En: ilo.org

⁹ Ver Informe *Acabar con la violencia y el acoso contra las mujeres y los hombres en el mundo del trabajo*, OIT, 2018, p. 6. En: www.ilo.org

definición se califica a estos comportamientos como “inaceptables” y se pone el acento en el daño que, por lo general, causan estas conductas.

A mi modo de ver, los comportamientos “inaceptables” son aquellos que lesionan bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento jurídico, como la dignidad de la persona. De ahí que considero que la definición que adopte nuestra legislación sobre la violencia y el acoso deberá incluir la referencia a que se trata de conductas que lesionan bienes jurídicos protegidos por el derecho (dignidad, honor, integridad psíquica o física).

b) Se manifiesten una sola vez o de manera repetida

El Convenio indica que los comportamientos comprendidos en “la expresión violencia y acoso” pueden manifestarse una sola vez o en forma reiterada.

Cabe preguntarse ¿el Convenio núm. 190 establece que cualquier tipo de acoso puede configurarse en un solo acto? La respuesta a esta interrogante es negativa.

Debe tenerse presente que el Convenio en el art. 1 hace referencia a “la expresión violencia y acoso”, es decir que comprende en una sola definición la violencia y el acoso. Y de ahí que deba incluir los comportamientos que ocurren una sola vez y aquellos que se reiteran. Véase que tanto la “violencia laboral” como el “acoso sexual” pueden configurarse con un solo acto. En consecuencia, una definición que abarcara la violencia y todo tipo de acoso como requiere “la expresión “violencia y acoso” en el mundo del trabajo” que recoge el Convenio-, necesariamente debía comprender comportamientos que se manifiestan una sola vez o en forma reiterada.

Con otras palabras, si se hubiera establecido en el Convenio que “la expresión violencia y acoso” requería la reiteración de los comportamientos, hubiera quedado fuera de dicha expresión la violencia cuando tiene lugar con un solo acto y el acoso sexual configurado por un acto grave. Por ello, al utilizar el Convenio el término “violencia y acoso” se requería hacer referencia en la definición a comportamientos que se manifiestan una sola vez o en forma reiterada.

Por otra parte, si bien el Convenio núm. 190 utiliza “la expresión violencia y el acoso”, ello no implica que admita que la violencia y el acoso sean prácticas idénticas. El propio Convenio deja a la legislación nacional la definición de la violencia y el acoso como un concepto único o como conceptos separados, con lo que está reconociendo las diferencias que pueden existir entre ambas nociones.

Además, el texto de un convenio debe ser lo suficientemente amplio como para abarcar las distintas situaciones que plantea la legislación interna de cada país miembro. Y en algunos países, la ley admite que el acoso puede constituirse por un solo acto¹⁰.

En suma, del texto del Convenio núm. 190 no se extrae que el acoso moral o el acoso laboral puedan configurarse por un solo acto grave, sino que deja a la legislación del país definir este concepto, y en consecuencia establecer los elementos del mismo (por ejemplo, la reiteración de las conductas).

c) Que tengan por objeto, causen o sean susceptibles de causar daño

El Convenio núm. 190 recoge “la expresión violencia y acoso” y la define como “un conjunto” de comportamientos que tengan por objeto, que causen o sean susceptibles de causar daño.

El Convenio en forma acertada no considera el elemento intencionalidad como requisito, ya que el comportamiento puede no haber tenido como “objeto” causar un daño a la víctima, pero de todos modos haberlo ocasionado.

Al indicar que debe tratarse de comportamientos que causen daño o sean susceptibles de causar daño, se está señalando la gravedad de la conducta de que se trate. De otro modo no causaría o no sería susceptible de causar daño.

Si bien la existencia de daño no se exige en la definición del Convenio (los comportamientos pueden causar o ser susceptibles de causar daño), debe advertirse que, si en el caso concreto se solicita la reparación de un daño, éste debe de haberse ocasionado.

¹⁰Ver Informe *Acabar con la violencia y el acoso contra las mujeres y los hombres ...cit.*, OIT, p. 17.

El daño -de acuerdo al Convenio- puede ser físico, psicológico, sexual o económico. La fórmula que presenta el Convenio es adecuada ya que tiene la amplitud suficiente para comprender distintos tipos de daños y las diferentes denominaciones empleadas a nivel mundial.

Respecto del “daño moral” denominación que por lo general se utiliza en nuestro país para hacer referencia al daño no patrimonial, podría considerarse incluido en los tres primeros. La ley a dictar en Uruguay podrá hacer referencia concreta al daño moral, tal como lo hace la ley N°18.561 sobre acoso sexual.

6.2. Debe tenerse presente como ya se señaló que, el Convenio núm. 190 dispone que el Estado debe adoptar una legislación que defina y prohíba la violencia y acoso (art. 7). En consecuencia, la definición que aporta el Convenio no puede ser ejecutada porque requiere que la definición se adopte por la legislación del país.

Al haber sido ratificado el Convenio núm. 190 por Uruguay, se deberá aprobar una ley en cumplimiento de lo dispuesto por dicho instrumento, que aborde varios puntos, como la definición del acoso y la violencia en el mundo del trabajo. De acuerdo al Convenio (art. 1 numeral 2), la legislación del Estado puede definir la violencia y el acoso como concepto único o como conceptos separados.

En mi opinión, correspondería que la ley definiera la violencia y el acoso como conceptos separados, requiriendo en el caso del acoso moral/laboral la reiteración de las conductas, tal como -por lo general- se lo define a nivel nacional e internacional.

6.3. Respecto de la “expresión violencia y acoso por razón de género” el Convenio la define como “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”.

Debe destacarse que de acuerdo a esta definición la expresión “violencia y acoso por razón de género” comprende no sólo a la violencia y el acoso por razón de género, sino también por razón de sexo.

La inclusión del acoso sexual en la definición de “violencia y acoso por razón de género” resulta adecuada teniendo en cuenta que se ha demostrado que el acoso sexual afecta de manera desproporcionada a las mujeres.

Con relación a la definición que brinda el Convenio de la “expresión violencia y acoso por razón de género” cabe realizar las mismas consideraciones que efectuáramos respecto de la “expresión violencia y acoso”. Corresponde que la ley a dictar por nuestro país defina en forma separada “la violencia” y “el acoso” por razón de género, teniendo presente que si se trata de acoso moral/laboral se requerirá la reiteración de las conductas.

7. Ámbito de aplicación del Convenio núm. 190

a) Ámbito de aplicación subjetivo

El ámbito de aplicación del Convenio es amplio dado que comprende el sector público y el privado, de la economía formal e informal, en zonas urbanas y rurales, y ampara no sólo a los trabajadores subordinados sino también a “otras personas en el mundo del trabajo”. El Convenio indica que protege a los trabajadores asalariados y “a las personas que trabajan, cualquiera sea su situación contractual”, es decir que comprende a personas en el mundo del trabajo que no se encuentran en relación de dependencia.

El Convenio núm. 190 luego de señalar que “protege” a los trabajadores y a otras personas en el mundo del trabajo, indica las personas que quedan amparadas: los trabajadores asalariados, las personas que trabajan cualquiera sea su situación contractual, las personas en formación, incluidos los pasantes y aprendices, los trabajadores despedidos, los voluntarios, las personas en busca de empleo y los postulantes a un empleo, y los individuos que ejercen autoridad, funciones o responsabilidades de un empleador.

La solución del Convenio -de abarcar no sólo a los trabajadores subordinados sino a las personas que trabajan con independencia de su situación contractual- es acertada. La vigencia del derecho a desempeñarse en un mundo del trabajo sin violencia y acoso, no puede quedar limitada a los trabajadores subordinados. Este derecho resulta de aplicación a todas las

personas que trabajan, ya se trate de trabajadores subordinados o que se encuentren en alguna otra situación contractual (por ejemplo, los voluntarios). Si bien el Convenio se encarga de mencionar las personas que protege (como los pasantes o los postulantes a un empleo), la expresión “personas que trabajan cualquiera sea su situación contractual” podría comprender a otras personas no mencionadas expresamente, por ejemplo, a los trabajadores autónomos.

Ahora bien, la protección del Convenio a personas que no se encuentran en una relación laboral -como en el caso de los voluntarios- no implica que se modifique la respectiva situación contractual, ni que se amplíe la responsabilidad de los empleadores. Debe tenerse presente que -de acuerdo al Convenio- la responsabilidad de los empleadores se encuentra limitada, ya que se establece que la legislación deberá exigirles tomar medidas de prevención “acordes con su grado de control” y “en la medida en que sea razonable y factible” según la situación de que se trate.

Considero que la aplicación del Convenio núm. 190 a personas que no se encuentran en relación de subordinación, está indicando que los comportamientos de acoso y violencia deben ser rechazados en el mundo del trabajo, aun cuando la víctima no se encuentre en una relación de dependencia con un empleador. Y si un empleador toma conocimiento de la ocurrencia de tales actos en su empresa, deberá tomar medidas, pero siempre dentro del campo de su competencia.

Con relación a los “postulantes a un empleo”, las prácticas de violencia y acoso son inaceptables aun cuando no se haya iniciado una relación laboral. Lo mismo acontece en la etapa precontractual con la prohibición de discriminación. La extensión del Convenio a “las personas que buscan empleo” es -a mi modo de ver- a los efectos de abarcar a las personas que aún no tienen la calidad de postulante a un empleo concreto.

Respecto de los “trabajadores despedidos”, considero que su inclusión en el Convenio es indicativa del rechazo de estas prácticas de violencia y acoso en situaciones de despido. Por ejemplo, si en el momento del despido ocurre un acto de violencia, el trabajador despedido tendrá derecho a la correspondiente protección. Se reitera que la responsabilidad del empleador se encuentra

limitada de acuerdo al art. 9 del Convenio, dado que las medidas que se le exige adoptar son las “acordes con su grado de control”, y en la medida de lo razonable y factible.

b) Situaciones a las que se aplica este Convenio

Debe tenerse presente que la aplicación del Convenio sólo procede cuando la violencia y el acoso ocurran “*durante el trabajo*”, “*en relación con el trabajo*” o “*como resultado del mismo*” (art. 3). Es decir que, aun cuando se trate de una de las personas que el Convenio protege (por ejemplo, un pasante), necesariamente se requerirá que la violencia o el acoso haya tenido lugar durante el trabajo, o que esté vinculada con el trabajo o que ocurra como resultado del trabajo.

Para que la violencia y el acoso que no acontecen “durante el trabajo” queden dentro del ámbito de aplicación del Convenio deberán ocurrir “en relación con el trabajo” o “como resultado del mismo”. El Convenio hace referencia a las situaciones de violencia y acoso relacionadas con el trabajo que acaecen fuera de los lugares de trabajo que quedan comprendidas (los desplazamientos, viajes, eventos o actividades sociales o de formación y las comunicaciones).

El texto del Convenio en forma expresa indica que se aplica a los actos de violencia y acoso que ocurran: en el lugar de trabajo, en el lugar en donde se paga al trabajador, descansa o come, en el sanitario y vestuario, en los desplazamientos, viajes, eventos o actividades sociales o de formación relacionados con el trabajo, en las comunicaciones relacionadas con el trabajo (incluye las realizadas a través de las tecnologías de la información y la comunicación), en el alojamiento proporcionado por el empleador, en los trayectos entre el domicilio y el lugar de trabajo.

La amplitud del ámbito de aplicación del Convenio, no supone -a mi modo de ver- que los empleadores serán responsables en situaciones que no puedan controlar, como puede suceder en el caso del alojamiento proporcionado por el empleador o en los trayectos entre el domicilio y el lugar de trabajo. Esta es la solución que entiendo surge del art. 9 del Convenio en donde se hace referencia a que la legislación debe exigir a los empleadores que tomen medidas de

prevención “acordes al grado de control” y “en la medida en que sea razonable y factible”.

Por otra parte, respecto a los comportamientos que acontecen en los trayectos entre el domicilio y el lugar de trabajo, debe tenerse presente que en muchos países se configura accidente de trabajo cuando el accidente sucede en el trayecto de ida o de regreso al trabajo. En nuestro país, el accidente en el trayecto al o del lugar de trabajo no es accidente de trabajo, salvo en las situaciones que describe la ley N°16.074 de 10.10.1989 art. 14: a) si el trabajador se encontraba realizando una tarea específica encomendada por el empleador, b) si el empleador se hizo cargo del transporte, c) si el acceso al trabajo presenta riesgos especiales. La ley que se dicte deberá ajustarse a la especificidad de la legislación de cada país, tal como indica el propio Convenio (art. 4 numeral 2).

8. Obligaciones y responsabilidad del empleador

La ley debe establecer la obligación del empleador de tomar medidas de prevención de la violencia y el acoso, que incluya la violencia y el acoso por razón de género (art. 9). Como vimos, las medidas que el Convenio requiere a los empleadores para prevenir la violencia y el acoso son las “apropiadas y acordes con su grado de control”, y “en la medida que sea razonable y factible”.

En forma expresa el Convenio menciona las siguientes medidas: adoptar una “política del lugar de trabajo” relativa a la violencia y el acoso; considerar la violencia y el acoso y los riesgos psicosociales asociados en la gestión de seguridad y salud en el trabajo; identificar peligros y evaluar los riesgos, tomar medidas para prevenirlos y controlarlos; proporcionar a los trabajadores información y capacitación (sobre peligros y riesgos, medidas de prevención y protección, derechos y responsabilidades de los trabajadores).

El Convenio prevé la consulta con los trabajadores y sus representantes en la adopción de una política del lugar de trabajo referida a la violencia y al acoso, y su participación en la identificación de los peligros y evaluación de riesgos.

Considero que la responsabilidad del empleador en materia de violencia y acoso no se amplía en el presente Convenio. Como se señaló precedentemente, para que resulte de aplicación del Convenio se requiere que estas situaciones ocurran durante el trabajo, o que estén relacionadas con el trabajo o sean el resultado del mismo. Pero además, la legislación debe exigir al empleador la adopción de medidas para prevenir la violencia y el acoso que sean “acordes con su grado de control” y “en la medida en que sea razonable y factible” (art. 9 del Convenio). La redacción utilizada por este Convenio es similar al texto del Convenio núm. 155 sobre seguridad y salud¹¹.

Es decir que el empleador será responsable en situaciones que ocurran durante el trabajo, en relación con el trabajo o como resultado del trabajo, pero siempre que sea razonable y factible, y su responsabilidad será acorde a su grado de control. En consecuencia, el empleador no será responsable respecto de una situación que no conoce, ni puede controlar.

9. Reflexiones finales

Considero que el Convenio núm. 190 constituye un gran avance en el camino de la prevención y erradicación de estas conductas en el mundo del trabajo.

El Convenio está muy bien elaborado y contiene todos los temas que se requieren contemplar en el abordaje de esta cuestión. El Convenio pone el acento en la necesidad de prevención, pero también realiza un minucioso recorrido respecto de la protección, vías de defensa, reparación, control de aplicación, formación y sensibilización.

Quizás la principal fortaleza del Convenio es contener todos los aspectos que deben ser considerados en el tema de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo.

Si bien recurre a la ley como instrumento de prevención, y pone énfasis en los contenidos de las políticas públicas que se deben adoptar con relación a

¹¹ De acuerdo al art.16 del CIT 155 se deberá exigir al empleador que garantice la seguridad y salud, pero “en la medida de que sea razonable y factible”, y refiere a los lugares, maquinaria y procesos “que estén bajo su control”.

este tema, también recurre a la negociación colectiva como método de aplicación del Convenio.

El avance está en haber logrado el formato de Convenio (sin perjuicio de también adoptado una Recomendación que lo complementa); en el reconocimiento del “derecho” de toda persona a un mundo del trabajo libre de violencia y acoso; en incluir la cuestión de género de manera de destacar la importancia que tiene en este tema; en el ámbito de aplicación ampliado a relaciones no subordinadas; en abordar las incidencias de la violencia doméstica en el trabajo.

Sería deseable que más países ratifiquen este Convenio, y que se logre una adecuada aplicación en la práctica. La aplicación del Convenio depende no sólo del compromiso de los Estados a través de la normativa y de los Ministerios de Trabajo y otros organismos competentes, sino también de las organizaciones de empleadores y de trabajadores en su rol de formación y sensibilización, y de los acuerdos que se alcancen en la negociación colectiva.

Entiendo que el papel del tripartismo es muy importante en la aplicación de este Convenio y en definitiva para la prevención y erradicación de estas conductas, no sólo porque se trata de una temática vinculada a la seguridad y salud, sino porque además sería conveniente la adopción de una política común convenida en el ámbito tripartito, es decir una acción conjunta que asegure el cambio cultural necesario en esta cuestión.

Bibliografía

- MANGARELLI, C. (2009). *Códigos de conducta en el marco de la responsabilidad social de la empresa*, FCU, Montevideo.
- MANGARELLI, C. (2019). “El Convenio 190 y el derecho a un mundo del trabajo libre de violencia y acoso”, *XXX Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, FCU.
- MANGARELLI, C. (2021). *Acoso y violencia en el trabajo*, FCU, Montevideo, 2ª ed.
- MANGARELLI, C. (2022). *Acoso y violencia en el trabajo*, FCU, Montevideo, 3ª ed.
- SUPIOT, A. (2006). “La place de la sécurité sociale dans le système des normes internationales du travail. Protection sociale et travail décent”, *Semaine Sociale Lamy*, Supplément n° 1272, Paris.

Recursos electrónicos

- OIT (2003). *Repertorio de recomendaciones prácticas sobre la violencia en el lugar de trabajo en el sector de los servicios y medidas para combatirla*, Reunión de Expertos, Ginebra 8-15 de octubre, OIT. En: www.ilo.org.
- OIT (2018). *Acabar con la violencia y el acoso contra las mujeres y los hombres en el mundo del trabajo*. En: www.ilo.org.
- OIT - Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo, (2019). *Trabajar para un futuro más prometedor*, OIT, Ginebra. En: www.ilo.org.

www.revistajuridicadeltrabajo.com

