Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

XXIII Congreso Mundial

7 - 10 de Septiembre de 2021 - Lima, Perú

RETOS DE LOS SISTEMAS DE LEGISLACIÓN LABORAL Y SEGURIDAD SOCIAL

- Transformación del trabajo: desafíos para el Derecho del Trabajo
- Comercio internacional y trabajo
- Nuevos retos de la Seguridad Social
- Trabajadores migrantes
- Trabajadores atípicos e informales
- Igualdad en el trabajo
- El Estado y las nuevas formas de voz colectiva

Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

XXIII Congreso Mundial

7 - 10 de Septiembre de 2021 - Lima, Perú

RETOS DE LOS SISTEMAS DE LEGISLACIÓN LABORAL Y SEGURIDAD SOCIAL

- Transformación del trabajo: desafíos para el Derecho del Trabajo
- Comercio internacional y trabajo
- Nuevos retos de la Seguridad Social
- Trabajadores migrantes
- Trabajadores atípicos e informales
- Igualdad en el trabajo
- El Estado y las nuevas formas de voz colectiva

PATROCINADORES

NACIONES UNIDAS PERU

International Labour Organization

PERÚ Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo

UNIVERSIDAD DE LIMA

AUSPICIADORES

RODRÍGUEZ ANGOBALDO ABOGADOS

RUBIO LEGUIA NORMAND

CORNEJO & SANTIVÁÑEZ LABORALISTAS

UNIVERSIDAD DE PIURA

VARELA BOHÓRQUEZ ABOGADOS

ACTUALIDAD LABORAL

USMP SAN MARTÍN DE PORRES FACULTAD DE DERECHO

RODRIGO, ELIAS & MEDRANO ABOGADOS

PROGRAMA

MARTES 7 DE SEPTIEMBRE

09:00 - 11:00: Reunión del Comité Ejecutivo de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

09:00 - 11:00: Reunión de la sección de Jóvenes Juristas.

09:00 - 11:00: Reunión privada de la Asociación Internacional de Revistas de Derecho Laboral (IALLJ).

MIERCOLES 8 DE SEPTIEMBRE

08:00 - 08:45: Ceremonia de Inauguración.

09:00 - 10:00: Sesión Plenaria: Transformación del trabajo: desafíos para el Derecho del Trabajo.

Coordinadores: Alberto Pizzoferrato (Italia) y Sergio Torres Teixera (Brasil).

10:00 - 10:15: Break.

10:15 - 11:15: Sesión Plenaria: Comercio internacional y trabajo.

Coordinadores: Wilfredo Sanguineti Raymond (Perú) y Marley Weiss (USA).

11:15 - 12:00: Break.

12:00 - 14:00: Sesiones paralelas de presentación de las ponencias libres.

JUEVES 9 DE SEPTIEMBRE

08:00 - 09:00: Sesión Plenaria: Nuevos retos de la Seguridad Social.

Coordinadores: Kurt Paerli (Suiza) y Masaiko Iwamura (Japón).

09:00 - 09:15: Break.

09:15 - 10:15: Sesión Plenaria: Trabajadores migrantes.

Coordinadoras: Helga Spadina (Croacia) y Petra Herzfeld-Olsson (Suecia).

10:15 - 10:30: Break.

10:30 - 11:30: Sesión Plenaria: Trabajadores atípicos e informales.

Coordinadores: Roberto Fragale (Brasil) y Pamihidzai Bamu (Zimbabue).

11:30 - 12:00: Break.

12:00 - 14:00: Sesiones paralelas de presentación de las ponencias libres.

VIERNES 10 DE SEPTIEMBRE

08:00 - 09:00: Sesión Plenaria: Igualdad en el trabajo.

Coordinadora: Maria Luisa Molero Marañón (España).

09:00 - 09:15: Break.

09:15 - 10:15: Sesión Plenaria: El Estado y las nuevas formas de voz colectiva.

Coordinadores: Bernd Waas (Alemania) y Tomas H. Natividad Sanchez (México).

10:15 - 11:00: Break.

11:00 - 13:00: Sesiones paralelas de presentación de las ponencias libres.

13:00 - 14:00: Asamblea General de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y comentarios finales.

ÍNDICE GENERAL

PONENCIAS OFICIALES

TRANSFORMACIÓN DEL TRABAJO: DESAFÍOS PARA EL DERECHO DEL TRABAJO

TRANSFORMATION OF WORK: CHALLENGES TO LABOR LAW

ALBERTO PIZZOFERRATO: TRANSFORMATION OF WORK: CHALLENGES TO LABOUR LAW

1. Introduction 33
2. New technologies and transformation of work 35
   - 2a. New technologies (advanced robotics, Internet of things, big data analytics & machine learning, augmented reality, wearable technology, and additive manufacturing) 36
   - 2b. Consequences on safety&health 37
   - 2c. Consequences on work organization 38
   - 2d. Consequences on the job market 39
   - 2e. Algorithms, AI and the impact on work organization 41
   - 2f. New forms of work monitoring & surveillance 43
3. Remote working during and after the pandemic 46
4. Present and forthcoming operative scenario for hr management: from globalization to digitization by way of fissuring work and employees outsourcing 55
5. The classification issue 60
6. Digital monitoring, employee's privacy, and time's porosity 65
7. Conclusive remarks. Social regulation as antidote to globalization inequalities 69

Bibliography 73

SERGIO TORRES TEIXEIRA: TRANSFORMATION OF WORK: CHALLENGES TO LABOUR LAW

1. Introduction and Contextualization 85
2. Disruptions in Labour Relations and the Transformation of Work in Multiple Dimensions 87
3. The Emergence of Novel Forms of Labour and the Evolution (or Regression) of Employment 90
4. New Technologies and Impacts on Labour Beyond Individual Contractual Relations 94
5. Labour Law 4.0? Present-Day Challenges and Perspectives on the Future of Regulating Labour Relations 95

References 99

COMERCIO INTERNACIONAL Y TRABAJO

GLOBAL TRADE AND WORK

WILFREDO SANGUINETI RAYMOND: LA CONSTRUCCIÓN DE UN NUEVO DERECHO TRASNACIONAL DEL TRABAJO PARA LAS CADENAS GLOBALES DE VALOR

I. Los inmensos desafíos asociados a la globalización del comercio y la transnacionalización de los procesos de producción 105
A. Efectos laborales del nuevo modelo organizativo 106
B. Un interrogante capital 108
II. La laboriosa construcción de una respuesta 109
A. La asunción espontánea de competencias normativas por las empresas multinacionales como punto de partida 110
B. El encauzamiento del proceso desde fuentes internacionales y la emergencia del paradigma de la diligencia debida 112
C. La captura del poder privado a través de la acción legislativa 116
III. Hacia un nuevo Derecho Transnacional del Trabajo para las cadenas mundiales de producción 122
A. Caracteres 124
B. Elementos configuradores 131
IV. Retos de futuro del nuevo Derecho 148
A. El desarrollo de fórmulas efectivas de participación individual y colectiva de los trabajadores 149
B. La consideración de la sostenibilidad económica de las cadenas mundiales de producción como un componente necesario de las estrategias de diligencia debida 152
C. La regulación de la responsabilidad de las empresas multinacionales 155
D. La construcción de un sistema de gobernanza internacional 158
Apéndice 163

NUEVOS RETOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL

NEW CHALLENGES OF SOCIAL SECURITY

KURT PAERLI: NEW CHALLENGES OF SOCIAL SECURITY

I. Introduction 170
II. Policies from international organizations 171
III. Financing of the costs for tests / vaccinations and loss of earnings in the event of quarantine by the social insurance funds (each employee + self-employed person) 173
1. Financing of tests and vaccinations 173
2. Financing of loss of earnings in quarantine cases or in the context of childcare during school closures 174
IV. Short-time work and unemployment benefits (each employee + self-employed person) 176
1. Employee 176

2. Self-employed person 185
V. Reflection and conclusion 189

MASAHIKO IWAMURA: ROLE OF LABOUR LAW IN COOPERATION WITH SOCIAL SECURITY LAW IN PANDEMIC OF COVID-19

Preliminary remarks 193
I. Introduction 195
1. The rapid and global spread Covid-19 and its effect on countries' economy 195
2. Sanitary and preventive measures for fighting against Covid-19 and their effects 196
3. Roles of the legislator, the government and the social partners 197
II. International organizations actions 199
1. World Health Organization 199
2. International Labour Organization 201
III. Telework 203
1. ILO's advices 204
2. European Union 206
3. Measures taken with regard to telework in certain countries 207
IV. Conclusion 211

TRABAJADORES MIGRANTES

MIGRANT WORKERS

HELGA ŠPADINA (CROATIA) / PETRA HERZFELD OLSSON (SWEDEN): MIGRANT WORKERS

1. Starting Points 215
2. Migrant Workers – Some Basic Facts concerning Numbers, Composition and Geographical Allocation 219
2.1. Numbers 219
2.2. Gender Composition 221
2.3. Division of Skills, Education and Sectors in which Migrant Workers Are Found 222
3. Different Starting Points for Different Stakeholders 224
4. Different Starting Points for Different Categories of Labor Migrants 227
4.1. High-skilled Labor Migration with a Focus on Health Professionals 227
4.2. Low-skilled Labor Migration 232
5. Urgent Pre-pandemic Challenges 242
5.1. Wage Gaps between Nationals and Migrant Workers 242
5.2. Informality and Non-standard/Atypical Employment 245
6. Pre-pandemic Answers to Some Challenges – Migration Partnership Agreements 248
7. Management of Labor Migration during the COVID-19 Pandemic 251
7.1. General Impact of the Pandemic on Labor Migration 251

7.2. Entry Conditions and Access to the Labor Market during the COVID Crisis 254
7.3. Right to Remain in the Country of Employment during the Pandemic ... 255
7.4. Social Security Rights of Migrant Workers during the COVID-19 Pandemic 257
7.5. Labor and Unemployment related rights of Migrant Workers during the Pandemic 258
8. Possible lessons learned from the pandemic and ways forward for labor migration 266

TRABAJADORES ATÍPICOS E INFORMALES

NON-STANDARD AND INFORMAL WORKERS

PAMHIDZAI BAMU / ROBERTO FRAGALE FILHO: NON-STANDARD AND INFORMAL WORKERS

1. Context 272
2. Concepts 273
3. Problematizing Informality 274
3.1. Organizing Informal Workers 276
3.2. A Gendered Problem 279
3.3 Domestic Workers 280
4. Problematizing Non-standard Workers 283
5. Covid-19: Impact on Non-standard and Informal Workers 286
6. Conclusion: a debate for the future 289

IGUALDAD EN EL TRABAJO

EQUALITY AT WORK

MARÍA LUISA MOLERO MARAÑÓN: LA IGUALDAD EN EL TRABAJO

I. El alcance jurídico de la igualdad en el trabajo 294
1.1. La dimensión transversal del derecho a la igualdad y la no discriminación. 294
1.2. La prolífica normativa internacional sobre el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación en el trabajo 300
1.3. La limitada protección del derecho a la igualdad en el trabajo y prohibición de discriminación en el contexto internacional 305
II. El impacto de la pandemia en la igualdad en el trabajo 310
2.1. La intensificación de la desigualdad en el mercado de trabajo a raíz de la crisis sanitaria: Una aproximación al empleo y a los colectivos más afectados 310
2.2. Una especial referencia a la gravedad del retroceso en igualdad de género 319
III. La aceleración de la digitalización en la organización del trabajo que ahonda en la brecha de desigualdad 341

EL ESTADO Y LAS NUEVAS FORMAS DE VOZ COLECTIVA

THE STATE AND NEW FORMS OF COLLECTIVE VOICE

BERND WAAS: THE STATE AND NEW FORMS OF COLLECTIVE VOICE

I. Introduction 351
II. Platform Work and Digitalisation of the Workplace 353
1. Platform Work: Online and Offline 353
2. The Challenges 354
III. Ensuring Collective Voicein the Digital Economy 357
1. Channels of Collective Voice 357
2. Existing Arrangements in the Platform Economy 360
IV. The Role of the State 366
1. Collective Voice: To what Extent is it the State`s Business? 366
2. Areas of Action 368
V. Conclusion 377
References 378

PONENCIAS LIBRES

TRANSFORMACIÓN DEL TRABAJO: DESAFÍOS PARA EL DERECHO DEL TRABAJO

TRANSFORMATION OF WORK: CHALLENGES TO LABOR LAW

OSCAR RAÚL CHUQUILLANQUI ARAGÓN: NUEVOS DESAFÍOS DE LA JORNADA MÁXIMA DE TRABAJO A RAÍZ DE LA EMERGENCIA SANITARIA: SOBRETIEMPO EN TRABAJO REMOTO Y EL IMPACTODEL COLAPSO DEL SISTEMA DE TRANSPORTE

I. Introducción 386
II. Jornada máxima de trabajo y su impacto en la salud, la economía y en el ámbito social 387
III. Los orígenes de la jornada máxima de trabajo en el Perú, un proceso de maduración de ideas 390
IV. Emergencia Sanitaria producto de la COVID-19 y su afectación a la jornada máxima de trabajo 392
4.1. El trabajo remoto y las jornadas excesivas 393
4.2. El colapso de los medios de transporte públicos genera mayor agotamiento en los trabajadores 396
V. Nuevos desafíos de la jornada máxima de trabajo 399

5.1. Propuestas de solución respecto el trabajo a distancia: el derecho a la desconexión 400
5.2. Propuestas de solución respecto el colapso del sistema de transporte. 402
VI. Conclusiones..... 405
VII. Bibliografía..... 406

CARLOS DE FUENTES GARCÍA-ROMERO DE TEJADA: INTELIGENCIA ARTIFICIAL E INCLUSIÓN LABORAL DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD

1. Introducción 410
2. Concepto de Inteligencia Artificial 411
3. Selección y control del personal e impacto en las personas con discapacidad 414
A) La IA en la selección de personas trabajadoras 414
B) Marco jurídico: la no discriminación en las normas laborales internacionales, la Convención de Derechos de las Personas con discapacidad de la ONU, la protección de datos de carácter personal y la actuación de la Unión Europea sobre IA 415
C) El gran desafío: evitar los sesgos de la IA 423
D) El control de los trabajadores: el ejemplo de una reciente ley española.. 424
4. La robótica inclusiva como apoyo para la inclusión de las personas con discapacidad..... 427
4.1. Algunos ejemplos de robótica inclusiva para personas con discapacidad 428
5. Conclusiones..... 430

MARINA FERNÁNDEZ RAMÍREZ: HACIA UNA RE-DIMENSIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL TRABAJO. ANÁLISIS PROSPECTIVO PARA LA NUEVA ERA TECNOLÓGICA

1. Cuestiones introductorias 433
2. Analisis prospectivo para redimensionar los nuevos DDFF del trabajo 437
2.1. Compromiso y voluntad política para transformar y ampliar la protección de los DDFF laborales..... 440
2.2. Hacer del humanismo tecnológico el fundamento axiológico de estos derechos y una prioridad legislativa 443
2.3. Aquilatar normativamente los DDFF de los trabajadores como límites a los poderes de control del empresario 445
2.4. Perder el miedo a crear estructuras jurídicas nuevas adaptadas a la realidad tecnológica..... 447
2.5. Potenciar el papel del sindicalismo y la negociación colectiva 449
2.6. Necesidad de construir un espacio jurídico global de los DDFF laborales 453

Bibliografía..... 455

CARMEN FERRADANS CARAMÉS: LA REGULACIÓN DEL TELETRABAJO EN ESPAÑA Y SU INCIDENCIA EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

1. El teletrabajo en la era post COVID-19 461
2. La nueva regulación española del teletrabajo: la Ley 10/2021..... 464

3. La necesaria e indispensable intervención de la negociación colectiva en la regulación del teletrabajo y su incidencia en materia de prevención de riesgos laborales 468
3.1. Especialidades en materia de prevención de riesgos laborales 468
3.2. Impacto de la forma de definir el teletrabajo y de la identificación de los puestos de trabajo teletrabajables en la prevención de riesgos laborales 471
3.3. Ordenación del tiempo de trabajo y derecho a la desconexión digital 475
4. Conclusiones 479

GIOVANNI GAUDIO: ALGORITHMIC BOSSES CAN'T LIE!. HOW TO FOSTER TRANSPARENCY AND LIMIT ABUSES OF THE NEW ALGORITHMIC MANAGERS

1. Exercising managerial prerogatives through algorithmic management devices, between information asymmetries and risks of abuses from the new algorithmic bosses 482
2. Simulating employment algorithmic litigation in the eu: some preliminary comparative assumptions 486
3. Litigating the algorithm 489
1. Bringing a claim based on the alleged violation of the limits to the managerial prerogative of remotely monitor the workforce: the algorithm that tracks and fires employees for productivity 489
2. Bringing a claim based on the alleged violation of a non-discrimination duty: the ML recruiting tool that does not like women 494
3. Bringing a claim based on alleged worker's classification as an employee: the invisible algorithm that guides and disciplines couriers 498
4. Confirming the preliminary comparative assumptions: tracking down regulative antibodies against algorithmic opacity in the eu legal systems and beyond 502
5. Enforcing epistemic and anti-epistemic regulatory antibodies to foster algorithmic transparency and limit abuses of employers' managerial prerogatives 508
References 510

FRANCISCA MORENO ROMERO: NUEVOS RETOS CONCEPTUALES PARA NUEVOS TIPOS DE ORGANIZACIÓN DEL TRABAJO: EL ACCIDENTE DE TRABAJO EN EL TELETRABAJO

I. Introducción 516
II. El trabajo a distancia en la norma nacional (española): el reflejo de la ordenación comunitaria europea y de la OIT. 517
III. Nuevas realidades y viejos conceptos: la insuficiencia del reconocimiento general de derechos. 525
IV. El teletrabajo prestado en el domicilio: delimitacion del accidente de trabajo y presunción. 528
1. Elementos de la concepción clásica. 528
2. La presunción de laboralidad 532

MARÍA OLAYA MARTÍN RODRÍGUEZ: FLEXISEGURIDAD EN EL CONTEXTO EUROPEO, ESPECIAL REFERENCIA AL CASO ESPAÑOL

1. Introducción 539
2. Origen de la flexiseguridad laboral 540
3. Modelos de gestión y componentes de la flexiseguridad laboral 543
4. Cambios normativos en España hacia la flexiseguridad 544
5. Análisis del mercado de trabajo en España 549
6. Reflexiones finales 552

Bibliografía 553

RODRIGO PALOMO VÉLEZ: EL TRABAJO VÍA PLATAFORMAS DIGITALES. ESTADO DEL DEBATE LABORAL EN CHILE

1. Cuestiones introductorias 556
   - 1.1. El trabajo vía plataformas digitales como zona gris en las fronteras del Derecho del Trabajo 556
   - 1.2. Instancias técnicas y estudios 558
2. Los pronunciamientos de la administración laboral 561
3. La respuesta de los tribunales 562
4. La aproximación legislativa 567
5. Conclusiones 574

Bibliografía 576

ADRIÁN PÉREZ PASTRANA: RETOS Y DESAFÍOS DEL TELETRABAJO EN MÉXICO

1. Introducción 580
2. Regulación: derechos y obligaciones de los empleadores y teletrabajadores 582
3. Elementos esenciales y elementos adjetivos del teletrabajo 587
4. Retos y desafíos del Teletrabajo en México 590
5. Consideraciones finales 598

CÉSAR ALFREDO PUNTRIANO ROSAS: LA TRANSFORMACIÓN DEL EMPLEADOR Y SU IMPACTO EN EL ÁMBITO DE PROTECCIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO. REFLEXIONES EN TORNO A LA RESPUESTA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

1. La noción de empleador en la legislación peruana 601
2. La transformación del empleador, desde la estructura simple hasta la compleja 604
   - Triangulación empresarial y redes de empresas 605
   - Grupos de empresas 612
3. Plataformas de servicios y relaciones laborales 4.0 616
4. Conclusiones 622

MARIA CARMEN TATAY PUCHADES / MIREIA LLOBERA: EL TELETRABAJO EN LA REGULACIÓN ESPAÑOLA Y EUROPEA: LA AUSENCIA DE PREVISIONES ANTE SU EJECUCIÓN TRANSNACIONAL

I. Introducción 625
II. La regulación del teletrabajo en España 627
1. La situación y la regulación pre Covid-19 627
2. Medidas normativas adoptadas con urgencia durante la Covid-19..... 629
3. Regulación sobre el teletrabajo con vocación de estabilidad 631
III. El teletrabajo en Europa: los teletrabajadores trasnacionales..... 635
1. Criterios generales de determinación de la ley aplicable a un contrato internacional..... 636
2. ¿Aplicación de la ley del lugar habitual del trabajo de los teletrabajadores?. 638
3. El lugar de contratación del teletrabajador internacional 640
4. La cláusula de escape (art. 8.4 RR) conforme a la doctrina Schlecker.... 642
IV. La Seguridad Social de los teletrabajadores internacionales 644

COMERCIO INTERNACIONAL Y TRABAJO

GLOBAL TRADE AND WORK

DULCE MARÍA CAIRÓS BARRETO: APLICACIÓN Y EFICACIA DEL CAPÍTULO SOCIO-LABORAL EN LOS ACUERDOS COMERCIALES: CONSIDERACIONES SOBRE SU MEJORA

1. La presentación de la cláusula laboral en los acuerdos comerciales: el capítulo de desarrollo sostenible..... 649
2. Desarrollo sostenible, igualdad y competencia abierta y justa en el acuerdo con el Reino Unido 651
a) Consultas 653
b) Grupo de expertos..... 653
c) Grupo de expertos en ámbitos de no regresión..... 655
3. Inversión y desarrollo sostenible en el futuro acuerdo global Unión-Europea China sobre inversiones *(Eu-china comprehensive agreement on investment)*..... 656
a) Consultas 658
b) Panel de Expertos..... 659
4. Fortalezas y debilidades de estos procedimientos..... 660
5. Los grupos consultivos internos y los interlocutores sociales internacionales: el refuerzo de la posición de los agentes sociales 666

CARLOS GARCÍA GALLEGO: LA SUBCONTRATACIÓN COMO FACTOR DE RIESGO ESPECÍFICO PARA LA SALUD: EL CASO DE LOS TRABAJADORES DESPLAZADOS PARA UNA PRESTACIÓN DE SERVICIOS TRANSNACIONAL

1. La protección de la salud de los trabajadores desplazados en el marco de una prestación de servicios transnacional. 673
2. La subcontratación como factor de riesgo específico..... 676
3. Subcontratación y deber de seguridad..... 680

4. Limites a la subcontratación en el sector de la construcción 684
5. Conclusión: la protección europea de la salud, seguridad y dignidad en el trabajo 687
Bibliografía 688

MARIA KATIA GARCIA LANDABURU: EL CONTROL POR PARTE DE LAS EMPRESAS MULTINACIONALES DE SUS CADENAS MUNDIALES DE SUMINISTRO: AVANCES Y DESAFÍOS EN LA PROTECCIÓN DEL TRABAJO DECENTE

1. El incremento del poder de las empresas multinacionales 693
2. Los intentos de regulación y control de las empresas multinacionales 697
   2.1. Algunas medidas implementadas por organizaciones internacionales .. 698
   2.2. La "auto regulación" de las empresas multinacionales como parte de sus políticas de Responsabilidad Social Empresarial 701
   2.3. El difícil control de las cadenas de suministro globales 706
3. La exigencia de debida diligencia y la implementación de nuevos instrumentos por parte de los estados 707
4. La posible conexión entre instrumentos nacionales e internacionales, públicos y privados 713

LUIS GORDO GONZÁLEZ: RIESGOS Y OPORTUNIDADES DE LA APLICACIÓN DEL *BIG DATA* A LA GESTIÓN DE LOS RECURSOS HUMANOS TRANSNACIONALES

I. Los retos y oportunidades a los que debe dar respuesta el derecho del trabajo 717
II. Algoritmos, *big data* e inteligencia artificial: la "nueva" revolución en la prestación de servicios 719
   1. Marco tecnológico 719
   2. Los usos del algoritmo en las relaciones laborales 721
   3. La regulación del algoritmo por la negociación colectiva en España 722
III. La gestión transaccional de recursos humanos: el papel del algoritmo en la responsabilidad social corporativa 726
IV. A modo de conclusión: retos y oportunidades 734

OSCAR HERNÁNDEZ ÁLVAREZ: INTEGRACIÓN ECONÓMICA, COMERCIO INTERNACIONAL Y DERECHO DEL TRABAJO. ESPECIAL REFERENCIA A LA CLÁUSULA SOCIAL EN LOS ACUERDOS COMERCIALES CELEBRADOS ENTRE ESTADOS UNIDOS Y PAÍSES DE CENTRO Y SUR AMÉRICA

1. La integración regional en el marco de un mundo globalizado 737
2. La Cláusula Social 740
3. La cláusula social en los acuerdos comerciales celebrados entre Estados Unidos y países de Centro y Sur América 743
   3.1. Compromiso de los signatarios con la OIT y con los derechos fundamentales del trabajo 744
   3.2. Prohibición del "dumping" laboral 745
   3.3. Reconocimiento de la autonomía de las partes 746

3.4. Garantías procesales 746
3.5. Información pública 748
3.6. Estructura institucional 748
3.7. Mecanismo de cooperación Laboral 748
3.8. Consultas cooperativas 749
3.9. Árbitros Laborales 750
3.10. Definiciones 750
4. Conclusiones 751

JOSÉ EDUARDO LÓPEZ AHUMADA: NUEVOS RETOS DE LA ACCIÓN NORMATIVA INTERNACIONAL APLICABLES A LAS EMPRESAS MULTINACIONALES: UN ENFOQUE DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS OBJETIVOS DE DESARROLLO SOSTENIBLE

1. Introducción 754
2. La observancia del objetivo de desarrollo sostenible núm. 8 En la ordenación internacional de las empresas multinacionales 754
3. La corrección del modelo de empresa multinacional libre y sin controles frente a la expansión global de las redes de empresas transnacionales 760
4. La necesidad de intervención laboral en las redes de empresas transnacionales ante el fracaso de los controles privados 764
5. La conformación de un nuevo contrato social frente al libre mercado glogal y la desregulación en el trabajo 771

PRISCILA MARTÍN VALES: POSIBLE APROBACIÓN DE UNA DIRECTIVA COMUNITARIA QUE REGULE LA DILIGENCIA DEBIDA EMPRESARIAL EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

1. Introducción 781
2. Evolución normativa de la diligencia debida 783
3. Posible transformación de la diligencia debida empresarial 790

ROSA MARÍA MORATO GARCÍA: EL LENTO Y COMPLEJO CAMINO HACIA LA RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS LABORALES A TRAVÉS DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL

1. Introducción 799
2. Estándares internacionales sobre solución alternativa de conflictos laborales .. 800
3. Impulso internacional de la arbitrabilidad en los conflictos de trabajo: estado de la cuestión e iniciativas recientes 804
   3.1. La exitosa pero limitada experiencia de arbitraje a resultas del Acuerdo de Bangladesh 805
   3.2. Los Acuerdos Marco Globales como instrumento catalizador de la solución de conflictos a través del arbitraje 808
   3.3. Las Reglas de La Haya sobre arbitraje de negocios y derechos humanos 813
   3.4. Cláusulas de arbitraje modelo en el contexto de los Acuerdos de Marca Exigibles: un próspero modelo de gobernanza laboral transnacional 815
4. Reflexiones finales. 818

DANIEL PERES DÍAZ / GASTÓN LÓPEZ ARGONZ: EMPRESAS TRASNACIONALES Y DERECHOS HUMANOS: ANÁLISIS TÉCNICO-JURÍDICO Y RAZONES PARA AVANZAR HACIA UN INSTRUMENTO VINCULANTE

1. Introducción 822
2. El "soft law" y la voluntariedad como paradigmas hegemónicos 823
   - 2.1. Los principios rectores de naciones unidas. Un paso necesario pero insuficiente 823
   - 2.2. Los acuerdos marco globales. ¿Un mecanismo adecuado para la protección de los derechos humanos? 825
3. Elementos de reflexión para la aprobación de un instrumento vinculante en el marco del Derecho Internacional de los derechos humanos 827
   - 3.1. La resolución 26/9 como punto de partida. Contexto, estructura y principales elementos del instrumento vinculante 827
   - 3.2. ¿Qué empresas? La polémica cuestión de la delimitación del ámbito subjetivo de aplicación 831
   - 3.3. ¿Oposición o complementariedad? Notas críticas sobre la relación del instrumento vinculante con los principios rectores 834
   - 3.4. Responsabilidades y exigibilidad de derechos. La cuestión nuclear del acceso a la justicia 837
4. Conclusiones 842

NUEVOS RETOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL

NEW CHALLENGES OF SOCIAL SECURITY

MATTHIEU CHABANNES: LAS ORIENTACIONES EUROPEAS EN MATERIA DE SISTEMA DE PENSIONE

1. El interés de la unión europea por los sistemas de pensiones 847
2. El método abierto de coordinación y las pensiones 854
   - 2.1 La Estrategia de Lisboa y el Método Abierto de Coordinación. 854
   - 2.2. La primera fase del Método Abierto de Coordinación aplicado a las pensiones: de Lisboa a Barcelona (2000-2003) 859
   - 2.3. La segunda fase de la aplicación del MAC en materia de pensiones (2003-2007) 868
   - 2.4. La tercera fase del MAC en materia de pensiones: el MAC reforzado (2008-2010) 874
3. Las pensiones en el marco de la estrategia europa 2020 878
   - 3.1. El Libro Verde sobre sistemas de pensiones adecuados, viables y seguros de 2010. 879
   - 3.2. El Libro Blanco sobre pensiones adecuadas, seguras y sostenibles de 2012. 884
   - 3.3. La preocupación por la adecuación de las pensiones 892

LEOPOLDO GAMARRA VÍLCHEZ: LIMITACIONES DE LOS MODELOS DE SEGURO SOCIAL EN AMÉRICA LATINA Y LINEAMIENTOS DE SOLUCIÓN POST COVID-19

1. Introducción 898
2. Los modelos de los seguros sociales en cuanto a sus limitaciones en América Latina en el período 1990-2020 900
   2.1. El modelo público de reparto 901
   2.2. El modelo sustituto privado de capitalización individual 902
   2.3. El modelo paralelo o dual de público y privado 902
   2.4. El modelo mixto 903
3. Factores que dieron origen a los modelos del seguro social en América Latina . 903
   3.1. La reforma total del seguro social público con el proceso de privatización 903
   3.2. La reversión del sistema privado al público de los seguros sociales 905
   3.3. Los cambios importantes en el sistema privado en la década del 2000. 906
4. Lineamientos de solución con una seguridad social mínima según el Convenio 102 de la OIT 908
   4.1. ¿Qué países latinoamericanos suscribieron y ratificaron el Convenio 102? 909
   4.2. El derecho a la seguridad social en las Constituciones Latinoamericanas... 910
   4.3. ¿Cómo extender e implementar una seguridad social mínima, según la OIT? 912
5. A modo de conclusión..... 913
6. Referencia bibliográfica 913

MIGUEL ÁNGEL MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA: EL INGRESO MÍNIMO VITAL COMO ALTERNATIVA A LOS SEGUROS SOCIALES CLÁSICOS: PERSPECTIVA ESPAÑOLA Y COMPARADA

1. El concepto de Seguridad Social según William Beveridge y su reflejo en la Constitución Española 916
2. Datos de pobreza en España en 2019 918
3. El establecimiento del Ingreso Mínimo Vital..... 919
4. Análisis del régimen jurídico del Ingreso Mínimo Vital. Fortalezas y debilidades 923
   4.1. Prestación vitalicia frente a la pobreza y de gestión reforzada 923
   4.2. Derecho de naturaleza mixta. Titulares. Beneficiarios. La función del domicilio y el hecho de la convivencia en él 924
   4.3. Cuantía, financiación y relación con otras prestaciones públicas 932
5. Panorámica de Derecho Comparado relativa al IMV..... 933
   5.1. México 933
   5.2. Italia..... 935
   5.3. Sudáfrica 936
6. Conclusiones..... 937

JAVIER PAITÁN MARTÍNEZ: LA JUBILACIÓN EN EL PERÚ: ¿PROTECCIÓN SOCIAL FOCALIZADA O UNIVERSAL?

I. Introducción 940
II. La institución jurídica de la jubilación: Etimología y definiciones 941

III. La protección social de la jubilación: Un derecho solo de los trabajadores y no de la ciudadanía 943
3.1. El derecho a la seguridad social y a la pensión (de jubilación) según la Constitución Política del Perú de 1993 943
IV. Los sistemas de pensiones en el Perú y sus diferentes niveles de protección social: "Laboralizados" y "deslaboralizados incipientemente" 945
4.1. La jubilación "laboralizada y por edad o años de servicios" en el Sistema Público de Pensiones, al estilo (parcial) de los seguros sociales de Bismarck 948
4.2. La jubilación "laboralizada y por edad" en el Sistema Privado de Pensiones, al estilo de los seguros privados 951
4.3. Algunos regímenes complementarios y voluntarios de jubilación en los sistemas públicos y privados, al estilo de los seguros sociales de Beveridge o de los seguros privados 952
4.4. La jubilación no contributiva "deslaboralizada" en el Sistema Público de Pensiones, al estilo (incipiente) de la seguridad social de Beveridge 953
V. El problema de la (des)protección del modelo contributivo de seguridad social en pensiones frente al fenómeno del envejecimiento poblacional 954
5.1. El problema de la (des)protección del modelo contributivo de seguridad social en pensiones frente al fenómeno del envejecimiento poblacional 956
5.2. Políticas sociales para enfrentar el envejecimiento: Hacia un sistema de pensiones deslaboralizado y global 959
VI. Reflexión final 964
VII. Bibliografía 965

LEISO FASNEY RESTREPO AGUIRRE: EMPLEADOR ME ENFERMÉ DE COVID- 19 Y USTED TIENE LA CULPA: COMPLEJIDADES DE LA RESPONSABILIDAD POR CULPA PATRONAL EN TIEMPOS DE PANDEMIA

I. Introducción 971
II. El sistema de riesgos laborales y la Culpa Patronal 972
III. Configuración de la Culpa Patronal y desarrollo jurisprudencial 973
IV. La Covid-19 en Colombia 978
V. Culpa patronal y enfermedad por Covid-19 982
1. Empleador que cumple con sus obligaciones de seguridad e higiene de sus trabajadores, pero un trabajador se ha contagiado de la Covid-19 .. 983
2. Empleador que no cumple o cumple parcialmente las obligaciones de salud y seguridad. 986
Conclusiones 989

GAYE BURCU YILDIZ: SUPPLEMENTARY SOCIAL SECURITY MECHANISM IN TURKEY: PRIVATE PENSION SAVINGS SYSTEM

I. General Overview 992
II. Legal Framework of Private Pension Savings as Supplementary Social Security Mechanism 993

III. Actual Status of Private Pension Schemes in Turkey 995
IV. Supplementary Social Security Mechanisms in the light of Social Security Right 999

TRABAJADORES MIGRANTES
MIGRANT WORKERS

FRANCISCA BERNAL SANTAMARIA: LOS MOVIMIENTOS MIGRATORIOS EN LA ÉPOCA DEL BREXIT: CONSECUENCIAS PARA LOS TRABAJADORES MIGRANTES

1. El Reino Unido en la Unión Europea: la crónica de un adiós enunciado 1004
   A. UE-RU: una historia de acuerdos y desacuerdos, encuentros y desencuentros 1005
   B. E flujo migratorio como arma contra Europa 1006
   C. El adiós del RU de la UE 1008
2. Unas breves pinceladas de la cronología negociadora 1010
3. Las consecuencias para los trabajadores 1015
   A. Los derechos de los trabajadores en el Acuerdo de Comercio y Cooperación 1015
   B. Otros aspectos a tener en cuenta en los derechos de los trabajadores .. 1025
4. Reflexiones personales 1026

KARLA GIAMNINA CÁNOVA TALLEDO: LA MIGRACIÓN Y EL IMPACTO EN LA SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO EN EL PERÚ. UN PROBLEMA QUE SE AGUDIZA EN TIEMPOS DE PANDEMIA

Introducción 1029
I. La migración laboral en el contexto internacional a propósito de la COVID19 . 1030
II. Las condiciones de trabajo en trabajadores migrantes en el Perú 1034
III. Políticas Públicas para migrantes en el actual contexto. 1038
IV. Consideraciones finales 1039
V. Referencias bibliográficas 1041

CHIARA CRISTOFOLINI/ VINCENZO CANGEMI/ ROBERTO PETTINELLI: THE NETWORK CONTRACT: AN INSTRUMENT TO CONTRAST LABOUR EXPLOITATION IN AGRICULTURE. THE ITALIAN CASE

1. Introduction. The Italian context 1043
2. The instruments to prevent and combat gangmastering and labour exploitation. In search of a "fair price" for the sale of agro-food products 1046
   2.1. Unfair commercial practices in the supply chain and and illegal gangmaster trade 1051
3. The crime of illegal intermediation and labour exploitation 1056
4. The Quality Agricultural Work Network 1058
5. Network contracts in agriculture 1060

6. The advantages of using the network contract as a way of regulating competition over working conditions in the supply chain: joint-recruitment and co-employement 1062

MARIA KATIA GARCIA LANDABURU: LA INSERCIÓN DE LAS PERSONAS VENEZOLANAS EN EL MERCADO DE TRABAJO FORMAL PERUANO: LIMITACIONES Y RETOS

1. Situación previa del mercado de trabajo peruano 1069
2. Situación anterior de la legislación aplicable a los trabajadores extranjeros 1071
2.1. Las restricciones previstas en materia migratoria 1071
2.2. Los límites y formalidades para la contratación de extranjeros 1074
2.3. Las normas tributarias sobre residencia fiscal y su impacto económico en los ingresos netos de los migrantes 1076
3. Adecuación de la legislación ante el crecimiento exponencial de la migración 1077
3.1. La adecuación de las normas migratorias a las políticas gubernamentales: avances y retrocesos 1077
3.2. Los cambios en las normas de contratación de extranjeros 1084
3.3. La adecuación de la legislación tributaria, a nivel formal 1086
4 Limitaciones y retos ante el fenomeno migratorio 1086

LJUBINKA KOVAČEVIĆ/ BOŠKO LATKOVIĆ: LEGAL POSITION OF MIGRANT WORKERS IN THE REPUBLIC OF SERBIA, WITH SPECIAL REFERENCE TO TIME OF COVID-19 EPIDEMIC OUTBREAK

1. Development of migratory movements of workers on the territory of the Republic of Serbia 1093
2. Employment of foreigners in the Republic of Serbia – key legal aspects 1100
3. Risk of labour exploitation of migrant workers 1106
4. Status of migrant workers in times of COVID-19 epidemic outbreak 1109

KWANG-TAEK LEE: CHALLENGES TO LABOUR LAW AND SOCIAL SECURITY SYSTEMS LESS-SKILLED AND HIGH-SKILLED MIGRATION IN SOUTH KOREA

1. Recent Incident in Substandard Housing 1118
2. Current Situation 1121
3. EPS. Modern-day Slaves? 1124
4. Population Decline Needs More Immigrants 1127
5. Skilled Workers 1129
6. Undocumented Children 1130
7. Immigration Policy 1131
8. Anti-Discrimination Campaign 1133
9. References 1134

JOVANA RAJIĆ-ĆALIĆ / JOVANA MISAILOVIĆ: POSITION OF MIGRANT WORKERS IN REPUBLIC OF SERBIA

1. Introduction 1137
2. Position of the migrant workers in the Republic of Serbia 1139
3. Exploitation of migrant workers 1142
4. Domestic work 1144
5. Seasonal work 1146
6. Migrant workers and COVID 19 Pandemic 1147
7. Conclusion remarks 1149
8. Bibliography 1151

CARLOS EDUARDO SACO CHIPANA: LA MIGRACIÓN LABORAL LATINOAMERICANA: LA EXPERIENCIA EN PERÚ DESDE LAS PERSPECTIVAS SOCIO-ECONÓMICA, LEGISLATIVA Y ESTRATEGIAS EFECTIVAS DE GESTIÓN

1. Introducción 1154
2. Migración laboral: visión teórica de su contenido 1155
3. Panorama de la economía mundial 1157
4. América latina: formalidad de convenios internacionales, idiosincracia y factores sociales 1160
5. Regulación del trabajador migrante en el Perú 1162
6. Estrategias efectivas de gestión para la migración laboral 1163
   a) Propuesta de Políticas Públicas 1164
   b) Estrategia de Gestión de Migración Laboral para América Latina 1164

   Conclusiones 1165

   Referencias bibliográficas y electrónicas 1166

DANIEL ULLOA MILLARES / CHRISTA CARO PALACIOS: LA REACCIÓN DEL ORDENAMIENTO PERUANO ANTE LA MIGRACIÓN VENEZOLANA (2017-2021)

1. Antecedentes 1168
   1.1. Migraciones en el Perú 1168
   1.2. Motivos o razones de la migración venezolana de los últimos años 1172
2. Tutela de la migración 1173
   2.1. Protección universal de un derecho fundamental 1173
   2.2. Diferencia de la residencia formal con el refugio y el asilo 1175
   2.3. Convenios suscritos con otros países en materia migratoria y asistencia de la OIT 1177
3. Respuesta del Estado peruano a la situación 1177
   3.1. Respuesta migratoria 1177
   3.2. Respuesta tributaria 1180
   3.3. Respuesta de la seguridad social 1181
   3.4. Respuesta laboral 1181
4. Conclusiones 1184

TRABAJADORES ATÍPICOS E INFORMALES

NON-STANDARD AND INFORMAL WORKERS

ÁNGELA SOFÍA BILBAO PAZMIÑO / LAURA SOFÍA PÉREZ PIANDA: EXISTENCIA DE LOS ELEMENTOS DEL CONTRATO DE TRABAJO PARA EL RECONOCIMIENTO DE LA RELACIÓN LABORAL ENTRE LA PLATAFORMA DIGITAL Y LOS REPARTIDORES: CASO RAPPI COLOMBIA

1 Introducción 1187
2 Funcionamiento de las plataformas digitales 1188
3 Revisión de algunos de los fallos proferidos por Tribunales extranjeros frente al reconocimiento de una relación laboral entre las plataformas de mensajería y domicilio y sus repartidores 1188
4 Panorama laboral en Colombia 1192
5 Rappi: la plataforma de mensajería y domicilio más grande de Colombia 1193
6 Análisis de los elementos esenciales del contrato de trabajo en el caso de RappiColombia. 1194
6.1. Prestación personal del servicio 1196
6.2. Continuada subordinación 1196
6.3. Un salario como retribución del servicio 1198
6.4. Otros aspectos a tener en cuenta en la relación entre Rappi y los rapitenderos 1199
7 Conclusión 1201
8. Referencias 1203

STEFANO GUADAGNO: ATHLETES AS GIG-WORKERS? THE CASE OF MMA IN A COMPARATIVE PERSPECTIVE

1. Introduction 1207
2. The Case of Mixed Martial Arts (MMA): a failed unionization effort and an ongoing antitrust lawsuit 1210
3. An evolving judicial and regulatory context 1219
4. Conclusion 1226

CHIARA HASSEMAR / FLÁVIA SOUZA MÁXIMO PEREIRA: HETEROMATION: LABOR AND COLONIALITY IN DATA DRIVEN ECONOMY

1. Introduction 1229
2. Algorithms in the world of work: the case of heteromation 1232
3. What is data coloniality? 1236
4. Legal solutions against data coloniality 1240
5. Conclusión 1244
References 1246

LUIS MENDOZA LEGOAS: EL TRABAJO EN LA INFORMALIDAD Y SU RELACIÓN CON LA VULNERABILIDAD FRENTE AL TRABAJO FORZOSO: UNA PERSPECTIVA DE LA SITUACIÓN PERUANA EN EL CONTEXTO DE LATINOAMÉRICA

I. El trabajo forzoso: su definición y la subyacencia de la informalidad laboral. .. 1250
II. Una perspectiva jurídica sobre las transiciones precarias a la formalización y la necesidad de fortalecer los pisos de protección durante (y después de) la pandemia 1254
a. El supuesto de hecho: ser sometido a condición de esclavitud en el mundo contemporáneo y durante la pandemia 1255
b. Agentes relevantes en la lucha contra el trabajo forzoso y la informalidad. 1257
c. Covid-19 e inadecuación de las respuestas estatales de cara a grupos vulnerables específicos 1260
d. Necesidad de afirmar los esquemas de protección social ante la crisis. 1264

FIORELLA PEYRONE VILLACORTA: TRABAJADORES INFORMALES: EL TRABAJO AUTÓNOMO EN EL PERÚ

I. Introducción 1269
II. Consideraciones generales 1269
III. ¿Precariedad? 1272
IV. Trabajador autónomo 1273
1. Regulación normativa 1275
2. Productividad 1278
V. Reflexiones finales 1279
VI. Referencias bibliográficas 1280

IGUALDAD EN EL TRABAJO

EQUALITY AT WORK

IVAN RAMIRO CAMPERO VILLALBA: LA NORMA 198 Y LA JURIDICIDAD DE LOS PRINCIPIOS DE PROGRESIVIDAD E INTERACCIÓN EN LA PROTECCIÓN DEL TRABAJO EN LA POST MODERNIDAD

I. El principio de interpretación expansiva o progresiva 1285
1. El principio de la interacción 1287
II. Interpretación jurídica y constitucional 1288
A) Interpretación jurídica 1288
B) Interpretación constituciónal 1291
A manera de comentario final 1292

LILLI CAROLLO: LE TRAVAIL AGILE: «AMÉNAGEMENT RAISONNABLE» POUR LES PERSONNES HANDICAPÉES ET TRAVAILLEURS FRAGILES AU MOMENT DU COVID-19 EN ITALIE

1. Introduction 1297
2. Les notions de travailleur handicapé et de travailleur fragile. 1301

3. La reconnaissance du système réglementaire du travail agile par la loi no. 81/2017 à la législation « d›urgence » pour les travailleurs fragiles et les travailleurs handicapés : deux modèles comparés..... 1304
4. De quoi parle-t-on quand on parle d'«aménagement raisonnable»: de la définition de la directive 2000/78/CE à l'élaboration jurisprudentielle la plus récente..... 1309
5. Existe-t-il un droit au travail agile ?..... 1312
6. Conclusions..... 1315

MACARENA CASTRO CONDE: LA BRECHA SALARIAL: SITUACIÓN ACTUAL DEL CONCEPTO LEGAL DE SALARIO A EFECTOS DE DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO EN ESPAÑA

I. Introducción..... 1318
II. El principio de igualdad y prohibición de discriminación retributiva en España 1320
III. Situación actual del concepto legal de salario a efectos de discriminación por razón de sexo en España..... 1322
3.1. Novedades del Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación..... 1322
3.2. Novedades del Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre, de igualdad retributiva entre mujeres y hombres..... 1324
4. Análisis de criterios de discriminación que inciden en la retribución de las mujeres..... 1333
4.1. La duración del contrato: diferencias salariales entre trabajadores fijos y temporales..... 1334
4.2. La jornada de trabajo: diferencias salariales entre trabajadores a tiempo parcial y trabajadores a tiempo completo..... 1336
4.3. La fecha de contratación: "Las dobles escalas salariales"..... 1337

EMILIO DE CASTRO MARÍN: LA EDAD COMO POSIBLE FACTOR DE DISCRIMINACIÓN EN PROCESOS DE REESTRUCTURACIONES EMPRESARIALES

1. La no discriminación por razón de la edad como principio de derecho general en el ámbito del derecho de la unión y su posible incidencia como factor de diferenciación..... 1340
2. Un breve recorrido por la jurisprudencia constitucional y ordinaria en relación con la posible afectación de trabajadores por razon de edad en expedientes de regulación de empleo..... 1343
3. Las medidas efectivas para atenuar los efectos negativos derivados de la situación de desempleo de los trabajadores de mayor edad afectados por expedientes de reestructuración empresarial..... 1349
4. A modo de conclusión: ¿resulta adecuado el acercamiento jurisprudencial a la cuestión? ¿Son suficientes las medidas implementadas en la norma para justificar la no discriminación?..... 1358
Bibliografía citada..... 1359

VIVIANA MARIEL DOBARRO: VIOLENCIA Y DISCRIMINACIÓN LABORAL POR RAZÓN DE GÉNERO PARTICULARIDADES EN CONTEXTO DE COVID 19

I. Introducción 1362
II. Haciendo un poco de historia. 1364
III. Prejuicios y estereotipos como germen de la discriminación y la violencia. 1365
IV. De la igualdad formal ante la ley a la igualdad efectiva de oportunidades en la normativa constitucional e internacional 1369
V. La organización internacional del trabajo y la discriminación y la violencia laboral por razón de género. 1374
VI. Marco jurídico que tutela frente a la discriminación y la violencia de género en el ámbito laboral 1379
VII. Prevención, sanción y erradicación de la discriminación y violencia en el ámbito laboral y en particular por razón de género. 1383
VIII. El contexto de pandemia y las cuestiones de género 1387
IX. Conclusiones 1391

MARÍA BEGOÑA GARCÍA GIL: MEDIDAS DE ACCIÓN POSITIVA FRENTE A LA SUBREPRESENTACIÓN DE LAS MUJERES EN EL MERCADO LABORAL

1. Introducción 1394
2. Causas de la subrepresentación de la mujer en el mercado de trabajo español 1397
3. Medidas activas de empleo para doblegar la subrepre-sentación de la mujer en el mercado de trabajo 1402
   3.1. Introducción 1402
   3.2. Medidas activas de empleo 1404
   3.3. Medidas indirectas de protección a la subrepresentación de la mujer en el mercado de trabajo español 1405
4. Propuestas para superar la subrepresentación de la mujer en el ámbito laboral 1408

LUCIANA GUAGLIANONE / MARIA LAURA PARISI: ¿SMARTWORKING? LA TEORÍA DE LA DOBLE CARGA DE TRABAJO

1. Introducción 1412
2. El alcance de la conciliación entre la vida laboral y familiar 1414
   2.1. La normativa Covid: una legislación imperfecta 1414
   2.2. Una perspectiva legal: ¿es el smartworking una solución? 1417
3. Datos, metodología y discusión de la evidencia 1419
   3.1. Tareas domésticas y el mercado laboral: datos prepandémicos 1419
   3.2. Pandemia y smartworking: debatiendo los datos 1420
   3.3. Un análisis conjunto sobre el smartworking y el trabajo doméstico 1425
4. Resumen y prospectivas 1426

BALWINDER KAUR: EQUALITY AT WORK IN INDIA

1. Introduction 1432
2. Concept of Gender 1433
3. Gender Inequality 1433
4. Work 1434
5. Constitutional Provisions 1438
6. Policy Framework and other Support System 1440
7. International Efforts 1442
8. Suggestions & Conclusion 1443

DIEGO MEGINO FERNÁNDEZ: SOBRE LOS EFECTOS DE LA INDUSTRIA 4.0 EN EL TRABAJO: REFLEXIONES DESDE LA PERSPECTIVA DE LA BRECHA DIGITAL DE GÉNERO

1. Introducción 1445
2. Acerca de la brecha digital de género en los entornos laborales 1447
3. El efecto intensificador de la Covid-19 1455

Bibliografía 1457

PEDRO OLIVEIRA: WIDENING THE SCOPE OF THE EQUALITY EMPLOYMENT DIRECTIVE? SOME REMARKS ON *VL V SZPITAL KLINICNZY* (C-16/19)

1. Introduction 1464
2. The dispute 1465
3. Issues at stake 1466
4. Directive 2000/78 1467
5. Comparability criterion 1469
6. Direct or indirect discrimination? 1471
7. Conclusion 1474

CCANTU STEFANY OSORIO VELARDE: IMPLICANCIAS, AVANCES Y RETROCESOS: EL DESARROLLO DE LAS NORMAS LABORALES PERUANAS PARA LA REDUCCIÓN DE BRECHAS DE GÉNERO ANTES, DURANTE Y POST COVID-19

1. Introducción 1476
2. Contexto 1477
3. Marco teórico 1481
4. Desarrollo 1483
   - 4.1. Pre pandemia 1483
   - 4.2. Durante pandemia 1484
5. Metas pendientes: post pandemia 1488
6. Conclusiones 1491
7. Bibliografía 1491

LUZ PACHECO ZERGA: LA PROTECCIÓN JURÍDICO-LABORAL DE LA MUJER EN EL PERÚ EN EL CONTEXTO AMERICANO DE COMIENZOS DEL SIGLO XX

1. La función social del trabajo en el PERÚ del siglo XIX y su regulación Jurídica... 1495
2. Los derechos de la mujer en el trabajo en la primera mitad del siglo XX..... 1499
3. La protección de la mujer trabajadora en el ordenamiento mexicano..... 1507
4. La protección de la mujer en el ordenamiento chileno 1508
5. La protección de la mujer en el ordenamiento argentino 1510
6. La protección de la mujer en el ordenamiento colombiano 1512
7. La protección de la mujer en el ordenamiento norteamericano 1513
8. Conclusiones..... 1514

Bibliografía citada..... 1516

MARÍA GEMA QUINTERO LIMA / CARMEN GRAU PINEDA / CONCHA SANZ SÁEZ: DESIGUALDAD EN LA DESIGUALDAD: ALGUNOS EJEMPLOS DE LOS DISTINTOS ESTÁNDARES DE PROTECCIÓN DE LAS MUJERES TRABAJADORAS DE SERVICIO DOMÉSTICO

1. Algunas consideraciones previas 1519
2. Del servicio del hogar familiar al trabajo doméstico (1985-2011): la desigualdad en la desigualdad continua de estándares de protección. 1520
   - 2.1. Un condicionante trascendente: el hogar familiar como centro de trabajo o de cómo se resuelve la colisión de derechos fundamentales en perjuicio del trabajo doméstico 1523
   - 2.2. Del cómo sigue sin equipararse las cotizaciones a los salarios reales ... 1526
   - 2.3. La falta de protección en materia de riesgos laborales 1528
   - 2.4. El libre desistimiento del empleador, la inexistencia de despido nulo y la garantía de estabilidad en el empleo de en el trabajo al servicio del hogar familiar..... 1532
   - 2.5. Del cómo sigue negándose la protección por desempleo al colectivo de trabajadoras domésticas..... 1534
3. La desigualdad en la desigualdad: el imprescindible tránsito a la corresponsabilidad para deconstruir la feminización de los cuidados..... 1538

SARAI RODRÍGUEZ GONZÁLEZ: LA IGUALDAD RETRIBUTIVA ENTRE MUJERES Y HOMBRES: UN DESAFÍO URGENTE PARA EL DERECHO DEL TRABAJO

1. La igualdad retributiva por razón de sexo en el centro de la recuperación económica tras la crisis sanitaria del Covid-19..... 1546
2. La transparencia retributiva como instrumento de garantía de la igualdad en las retribuciones entre mujeres y hombres..... 1551
3. El desafío de la discriminación algorítmica en la determinación del salario 1559
   - 3.1. La permeabilidad del algoritmo a los sesgos invisibles de género..... 1559
   - 3.2. Medidas para evitar la discriminación algorítmica en las retribuciones.. 1563

FERNANDO VARELA BOHÓRQUEZ: PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y DERECHO DEL TRABAJO: HACIA EL CAMINO DE LA VERDADERA IGUALDAD EN EL ACCESO AL EMPLEO

1. Conceptos generales sobre discriminación 1569
2. Tratamiento normativo de la discriminación en el Perú 1573
   - 2.1. Ámbito Constitucional 1573
   - 2.2. Ámbito Administrativo 1574
   - 2.3. Ámbito Penal 1575
3. El deber de protección de las personas con discapacidad 1575
4. El derecho al acceso al empleo de las personas con discapacidad 1578
5. Hacía una verdadera empleabilidad de las personas con discapacidad 1581

EL ESTADO Y LAS NUEVAS FORMAS DE VOZ COLECTIVA

THE STATE AND NEW FORMS OF COLLECTIVE VOICE

JUAN MANUEL MORENO DÍAZ: NUEVAS FORMAS DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA TRANSNACIONAL EN EL MARCO DE LA DIGITALIZACIÓN

1. El diálogo social y la negociación colectiva internacional: aspectos generales y problemática 1587
2. Sociedad digital, globalización y nuevas formas de producción 1588
3. Nuevas formas de representación sindical en el ámbito internacional 1592
   - 3.1. Organizaciones Sindicales Internacionales 1592
   - 3.2. Comités Sindicales Mundiales 1594
   - 3.3. Redes Sindicales 1596
   - 3.4. Plataformas digitales: prácticas novedosas de acción sindical 1598
4. La negociación colectiva en el contexto internacional en el ámbito de la digitalización 1601
   - 4.1. Los instrumentos utilizados 1601
   - 4.2. La inserción de los derechos digitales en los Acuerdos Marco Globales 1602
5. Conclusiones 1607

Bibliografía 1608

PONENCIAS OFICIALES

TRANSFORMACIÓN DEL TRABAJO: DESAFÍOS PARA EL DERECHO DEL TRABAJO

TRANSFORMATION OF WORK: CHALLENGES TO LABOR LAW

TRANSFORMATION OF WORK: CHALLENGES TO LABOUR LAW

ALBERTO PIZZOFERRATO

Professor of Labour Law, University of Bologna, Vice-President for Western Europe of ISLSSL

SUMMARY: 1. Introduction. 2. New technologies and transformation of work. 2a. New technologies (advanced robotics, Internet of things, big data analytics & machine learning, augmented reality, wearable technology, and additive manufacturing). 2b. Consequences on safety&health. 2c. Consequences on work organization. 2d. Consequences on job market. 2e. Algorithms, AI and the impact on work organization. 2f. New forms of work monitoring & surveillance. 3. Remote working during and after pandemic. 4. Present and forthcoming operative scenario for HR management: from globalization to digitization by way of fissuring work and employees outsourcing. 5. The classification issue. 6. Digital monitoring, employee's privacy, and time's porosity. 7. Conclusive remarks. Social regulation as antidote to globalization inequalities

1. INTRODUCTION

Globalization, demographic changes and technological progress have already produced relevant impacts on labour law, as well as on labour markets, involving both the quantity and quality of jobs that are available. Nevertheless, it is the recent speed up and growing pace of technology, especially in Artificial Intelligence and machine learning, that have caused serious concerns not only on the future of labour standards but also on the fundamental/constitutional values of work dignity, equal treatment, social cohesion, sustainability, inclusiveness, and solidarity. To ensure the resilience and adaptability of the social model in developed economies and, at the same time, to boost the efforts made by emerging countries towards a stable escape from informal labour relationships and unfair working conditions and wages, in our opinion there is only one way: restating the regulative approach based at international and supranational level, with renewed multilateral and collaborative interactions, that can lead to a convergent set of intangible social standards to be envisaged by the States in their market law decision making process. No other measure could better prevent unjust polarization between capital and labour and massive work exploitation under the threat of technological unemployment. National States have to deal with global issues; the responses and solutions given should be in respect of international labour standards and be guided towards the purposes and goals established by normative acts of the ILO, including recommendations

and declarations (i.e., the *ILO Centenary Declaration for the Future of Wor*k, 21st June 2019), and of other international institutions such as the United Nations.

Before entering into details of the new challenges and tools for employment law, we should give a brief outlook of the main technologies affecting the workplace and its organization and the way of performing and controlling the correct execution of tasks. Having an essential representation of workforce analytics, algorithms and remote working, and their repercussions in terms of time porosity, access to worker's personal data, digitisation of managerial powers, is essential to properly detecting labour issues at stake and finding out the best solutions to keep the benefits of innovation while preserving the core standards and the public social security schemes. A redistribution of protection within standard and nonstandard workers could be acceptable, as well as a shifting of protection from the single relationship to the Public Institutions. But we might agree to the fact that, even though the work is a productive factor, at the same time it is not a commodity; indeed, it is characteristic of the majority of humans to work for a living. Social conquests could be reshaped or rescheduled to safeguard a prominent interest or value, but they could not be rejected or dismantled in the light of that interest or value. Saving jobs during the spread of a pervasive automation could justify a shrinking or a revision of the legal protection ground, but not its cancelling. Freedom of economic initiative might always be tied to social justice and equal treatment; a system driven by profit-making alone is not compatible with sustainable development. Economic production systems must act under common and balanced rules, which stem from a compromise between capital and labour, not without or outside them.

The pandemic has accelerated the digitization of companies and factories and generalized a new method of labour organization based on project management, on the evaluation of individual performance, skills and targets, on integrated networking in the internal team and with external contractors, customers or advisories, that fully fits and responds to the new imposed physically distancing and remote working. Since Covid-19 erupted worldwide, the implementation of algorithms, networking tools and HR analytics sources have greatly contributed not only in limiting hours and job losses, but also in speeding up the economic recovery, allowing the enterprises to be efficient in the market short-term, assuming very low transactional costs. We may say that the dreadful health crisis we have coped with in the last year and a half has been

a great innovation driver for technological advancements and for changing the organization of functional corporations.

2. NEW TECHNOLOGIES AND TRANSFORMATION OF WORK

The social and economic effects of technology on labour have been at the centre of the political and academic debate for a long time. Private and public decisions concerning labour markets and working conditions of the employees are increasingly being influenced by technological considerations. Following the wave of technological progress related to digitization, artificial intelligence (AI), and automation, governments around the world have started to acknowledge that the exploitation of such technologies present both important opportunities and threats to their citizens. Klaus Schwab (2016), founder and executive chairman of the World Economic Forum, has emphasized the magnitude of these technological advancements by labelling the current period as the "Fourth Industrial Revolution".

Growth in computing performance, wireless communications, energy storage and efficiency, innovations in computer-governed manufacturing tools, internet access and data storage have set the base for a profound transformation of work and of the labour market at large. These innovations reflect the pervasive digitization[1] of work tasks and activities that have impacted daily work routines in the last few decades. Indeed, many services that could only be performed by humans in the past —such as banking, accounting, trading of financial assets, managing orders for food and retail goods, transportation, managing reservations at restaurants or accommodations, monitoring energy usage—are now commonly carried out by software as a result of digitization.

At the frontier of digital innovation, some technologies have been recognized as the main drivers of the Fourth Industrial Revolution, based on the impact that they have on production systems and the organization of work overall: advanced robotics, Internet of things, big data analytics & machine learning, augmented reality, wearable technology, and additive manufacturing are all set to disrupt the way we conceive, organize, execute and monitor work.

1 Digitization refers to the transformation of information into a format that can be understood by computer software and transmitted via the internet (Goldfarb A., Tucker C., 2019). The close concept of "digitalization" is used more broadly to indicate the diffusion of digital technologies into businesses and the economy (Muro M. et al., 2017; Charbonneau K., Evans A., Sarker S., Suchanek L., 2017).

2a. New technologies (advanced robotics, Internet of things, big data analytics & machine learning, augmented reality, wearable technology, and additive manufacturing)

Advanced Robotics is defined as a «subfield of traditional robotics, characterized by the use and development of "smarter" robots which are able to operate in tougher and less structured environments, rely less on human intervention, and are capable of interacting with the outside world». What makes this technology "advanced" with respect to traditional robotics is «the existence of enhanced problem-solving, mobility, resistance, sensorial, intelligence and adaptability capacities which are not generally found in mainstream robotics»[2]. Advanced robotics is often used in synergy with IoT (Internet of Things) technologies. The Internet of Things (IoT) indicates the aggregate collection of network-enabled devices that can communicate via Wi-Fi connections, Bluetooth connections, and near-field communication (NFC). The IoT includes devices such as "smart" appliances e.g., refrigerators and thermostats, home security systems, webcams and printers. Robots can therefore be included in an integrated, interconnected, and digitalized production system, which can ideally cover the whole extent of the supply chain. Thanks to the contextual implementation of Artificial Intelligence and connected sensors, robots are able to support and enhance human activity, while securing and complying with higher safety standards.

Big data analytics encompass a variety of tools designed to collect, store, process and elaborate on very large amounts of data, so that it can be used as a meaningful input in production processes. The stress here is on the capability of these tools to automatically analyse and interpret huge series of data for business intelligence purposes. The value of such technology lies in its ability to turn process, product and market data into strategic and meaningful information that the stakeholder can use to take business decisions. Big data analytics rely on Machine Learning, a specific application of Artificial Intelligence (see section 2a), which indicates the ability of machines to learn new action patterns, predict behaviours and, ultimately, make choices, based on the analysis of historical data. Big data analytics can be used to predict consumer or competitor behaviour, interpret market trends and profile customers and employees.

2 Hinojosa C., Potau X., 2017, p. 7.

Augmented reality (AR) is a particular combination of AI and big data, which results into "the overlay of computer graphics on the real word"[3]. If "virtual reality" indicates an environment that is completely built to be virtual, "augmented reality" refers to an environment where virtual elements are "added" to the real physical landscape. Its applications are multi-faceted, ranging from entertainment to military to medical appliances. In a corporate context, AR can be used for training purposes, or to support maintenance processes.

Wearable technology, also known as "wearables", is a category of electronic devices that can be worn as accessories, embedded in clothing, implanted in the user's body, or even tattooed on the skin. The devices are hands-free gadgets with practical uses, powered by microprocessors and enhanced with the ability to send and receive data via the Internet. The rapid adoption of such devices has placed wearable technology at the forefront of the Internet of things (IoT).

Finally, the concept of additive manufacturing refers to «the process of manufacturing objects by adding material in precise locations to form an object, based on a digital 3D model»[4]. 3D Printing is one typical application of additive manufacturing.

The implementation of these technologies in the production system has stirred relevant considerations about the changing work conditions of human resources.

2b. Consequences on safety&health

From a safety & health standpoint, the substitution of human work with automated work can eliminate the risks connected with particular tasks and activities deemed dangerous for the human in different sectors (e.g., agriculture, construction, logistics, healthcare, maintenance and cleaning). Indeed, new technologies (such as, for example, advanced robotics) are able to replace the human presence in unhealthy or dangerous environments, thus limiting repetitive or dangerous movements and preventing exposure to toxic substances. On the other hand, new technologies raise concerns regarding negative psychological impacts (erosion of free time, stress, sleep disorders, demotivation arising from the perception of the lower value added by the human contribution), cyber-

3 Silva R., De Oliveira J.C., Giraldi G.A., 2003, p. 1.

4 Van Barneveld J., Jansson T., 2017, p. 3.

security (e.g., data privacy and protection), musculoskeletal disorders (caused by an excessive sedentary lifestyle, repetitive movements or insufficient ergonomics), complexity of human-machine interaction (e.g., in case of machine malfunctioning). The pervasive performance control that can be perpetuated by the employer through the adoption of new AI-based monitoring technologies can also contribute, as examined below, to the detrimental effects on employees' productivity and psychological health.

The impact of new technologies, however, is not limited to health and safety considerations: the massive introduction of AI-powered technologies in recent times has had major consequences on work management at a micro level, and job market dynamics at a macro level.

2c. Consequences on work organization

The adoption of AI technologies in work practices has impacted management models on various organizational aspects. Contemporary, technology-backed work appears to be mainly characterized by a high degree of mobility, time flexibility, network interdependency, and a special focus on the "team" as the base unit of the organization.

The diffusion of mobile devices facilitates the generation, transmission and sharing of data, which can be accessed from all over the world. From this perspective, the "mobility" of modern work is deeply linked to the high degree of connectivity that exists nowadays between different actors, who are able to constantly produce, use and share information with one another, wherever they are. This is made possible by the introduction of technologies such as 5G, which makes it possible to establish a simultaneous connection with a very high number of devices, and cloud technology, which gives access to storage spaces not confined to the enterprise physical boundaries, making information virtually available to a wide plethora of users.

Thanks to the new opportunities granted by mobile connectivity, work performance can be executed potentially anywhere and anytime. Timing of work activities tends to become more flexible and limit-less, whereas the "place" of work is not anymore restricted to the enterprise's premises and hardware. In this context, the emergence of ICT- based mobile work (or remote working) is drawing the attention of academics and institutions worldwide, which are trying

to assess the perks and shortcomings of this new style of work. This paradigm shift appears to be favoured by a «more general trend towards work that is project-based and fragmented, on-demand and performance-paid»[5].

New technologies are making organizations increasingly intertwined and interdependent: according to Armano (2017), the idea of the enterprise as a monolithic, independent entity is giving way to a new conceptualization of the company, seen as part of wider networks, connecting different actors (independent knowledge workers, other companies, institutions, organizations) that pursue common objectives and are keen on sharing resources to produce synergies. Butera[6] notes that the new technologies have enabled the creation of highly interconnected supply-chains, where technologies are allowed to perform automatic tasks or transmit and store information between the different organization units that are part of the supply chain network (e.g., the enterprise, suppliers, vendors, public institutions, schools).

Flexible and interconnected work implicitly requires employees to further develop skills such as self-organization, proactivity, responsibility, autonomy, creativity and, ultimately, the ability to operate in teams[7]. F. Butera[8] asserts that the Team has become the base organization unit of the enterprise, as opposed to the rigid, pyramidal-shaped, hierarchical organization.

Recent reports from the Eurofound stress the increasing importance of multidisciplinary team work, as part of new organizational processes [9] [10] [11].

2d. Consequences on the job market

Many fear that the automation of work and the new ways management has organized around it will eventually result in the disruption of the job market and workforce dynamics to levels unseen before. No theoretical consensus has emerged among scholars, though, as to what effects new technologies will have

5 Eurofound, 2020a, p.14.
6 Butera F., 2017.
7 Bennato A., 2018.
8 *Ibidem*
9 Eurofund, 2018a.
10 Eurofound, 2018b.
11 Eurofound, 2019.

on the labor market in terms of employment levels, growth rates, compensation changes and public policies.

Agrawal, Gans, and Goldfarb (2019) report that the economic effects of automation on labour are varied, complex, and unclear at this point. Some AI predictive capabilities may replace human decision-making and labour, while many others will complement it and make it more like: "Overall, we cannot assess the net effect of artificial intelligence on labor, even in the short run. Instead, most applications of artificial intelligence have multiple forces that impact jobs, both increasing and decreasing the demand for labor. The net effect is an empirical question and will vary across applications and industries".

Other scholars (Brynjolfsson and McAfee 2014; Ford 2015; Stone et al. 2016) have focused on the tasks that can be carried out by AI (for example, object and activity recognition, language translation, and robotics), concluding that AI will mostly affect workers performing routine tasks in the middle of the wage distribution. Nevertheless, AI is likely to increasingly automate cognitive tasks that are not considered routine at the moment, too. Digital technologies will lead to the loss and/or transformation of jobs, and they have the potential to foster inequality among different groups of workers: in particular, low-qualified, low-skilled young people face a greater risk of being displaced by advanced technologies, as compared to workers with higher qualifications and skills. Although it seems obvious that high-wage jobs involving more complex tasks (such as influencing, reading, writing, and computer programming) are less automatable and therefore less exposed to technology displacement, it is still unclear to which extent they will face competition from machines that are increasingly able to perform cognitive tasks (Arntz, Gregory, and Zierahn, 2016).

What is sure is that the demand for workers that are highly skilled in digital technologies has increased steadily in recent years (Muro et al., 2017), with the share of workers in digital-intensive occupations increasing from 4.8% in 2002 to 23% in 2016. Muro et al. (2017) discovered that also those occupations with medium or low digitalization skill requirements became more digital intensive from 2002 to 2016, suggesting that even the contents of such occupations are bound to require increasing levels of digital literacy.

It is likely that demand for entirely new professions will rise, especially among technology-producing firms. Professionals capable of training AI systems to carry out intelligent tasks (e.g., natural language processing, teaching customer

service chatbots to mimic and detect the complexities of human communication, teaching compassion, humour and sarcasm to AI systems like Siri and Alexa) will be high in demand. There will also be a need for professionals able to perform maintenance of AI systems, to ensure that they are operating as intended and to correct unintended or flawed behaviour. Along with more technical occupations, there will also be growing demand for management workers who can understand the new technology and who can communicate technical details to non-technical professionals and consumers, filling the gap between high-tech experts, businesspeople and final consumers. As implied by the European Union's General Data Protection Regulation, companies will also require data experts, such as Data Protection Officers, to protect privacy-related issues.

Consistently with these projections, it is interesting to notice that business survey evidence suggests a positive relationship between labor demand and the implementation of new technology. Bughin et al. (2018) surveyed executives from large organizations and found that only 6% expect their workforce in the U.S. and Europe to shrink as a result of automation and AI. Indeed, among the interviewed, 17% expect their workforce to grow instead. Arntz, Gregory, and Zierahn (2016) estimate that only 9% of workers in the U.S., and in the average OECD country will be at high risk of losing their job due to automation within an unspecified number of years. Similarly, Nedelkoska and Quintini (2018) found 14% of jobs across 32 countries are at risk of automation displacement.

As new empirical evidence aimed at explaining such relations emerges, it is necessary to remember that technological progress and market behaviour are deeply influenced by public policies and other social forces. Mass public education, regulation, trade and immigration policies and public support for R&D can all play a role in the development of new technologies and the capacity of employees and consumers to successfully use and work with them.

2e. Algorithms, AI and the impact on work organization

It is important to underline that all of the aforementioned digital advancements represent the technological frontier of an evolution continuum which stems from different applications of Automation, in particular Algorithms and AI. Therefore, it seems particularly compelling to explore these concepts in their main applications and implications for contemporary work.

Automation is commonly defined by economists as the substitution of non-human value for human production value. Acemoglu and Restrepo (2019), define automation as the "development and adoption of new technologies that enable capital to be substituted for labour in a range of tasks", that is any instance where capital replaces labour as the source of value in the chain of production. Automation therefore represents the source of value-added in a production process that is not performed by a human being.

As such, AI, machine learning, and digitization can be seen as specific delineations of automation.

There is no consensus in the economics or computer science literature as to the proper meaning of "artificial intelligence." AI could be defined as the automation of *cognitive* tasks that are part of the production value chain. Simply put, Artificial intelligence (AI) is a wide-ranging branch of computer science concerned with building smart machines capable of performing tasks that typically require human intelligence. This is consistent with a wider definition given by an expert committee on AI, which defined it as "that activity devoted to making machines intelligent" (Stone et al. 2016, p.12). AI applications include advanced web search engines, recommendation systems (such as those used by Netflix or Amazon), understanding human speech (such as Siri or Alexa), self-driving cars (e.g., Tesla). Famous recent examples of AI include IBM's creation of Deep Blue and Watson, algorithms that defeated champions in chess and the game show Jeopardy, respectively. Other examples include the creation of AlphaGo by DeepMind, a Google-owned company, which created an algorithm that could defeat the leading Go champion, and Siri, acquired by Apple, which built a sophisticated voice-recognition software. At an elementary level, we can say that AI consists of a series of algorithms that leverage machine and deep learning capabilities to perform a series of actions and decisions that would normally require cognitive capacity.

Algorithms are sets of coded instructions designed for software to solve a problem or complete a task. Algorithms nowadays are used in a great variety of applications, ranging from browser search results to healthcare, buildings design, financial trading, and delivery services. This is particularly evident in the gig economy: Uber, Lyft, Deliveroo and other platforms simply could not exist without algorithms allocating orders to riders, monitoring task execution, evaluating the workers performance and rewarding work.

In the workplace, self-learning algorithmic computer systems are being introduced by enterprises to support hiring practices, task-setting, performance monitoring, productivity measurement and even employment termination. Algorithms have reached such a degree of sophistication that companies are increasingly granting self-learning algorithms the responsibility to make decisions. This practice is known as "algorithmic management" and, although efficient in terms of cost and time saving, it carries a lot of risks.

Algorithms execute what their code tells them to: the problem is that this code is rarely made available, making algorithms hard to scrutinize or even understand. Since their decision-making processes is hidden, algorithms act like "black boxes", enhancing the power imbalance between management and workers. Its inconsiderate utilization can contribute to management depersonalization and bias confirmation, especially when used in hiring processes to evaluate candidates. In fact, machine-learning algorithms combined with biometric devices can detect the emotional expressions of job applicants, match them with associated personality traits and, in doing so, screen out prospective applicants that present undesirable characteristics, on the basis of language, tone and facial expressions. For instance, Amazon attracted negative publicity in 2018 when its Edinburgh engineering hub was found to be using AI algorithms to sort job applications, with the lexical analysis of CVs favouring words more commonly used by male applicants, thus discriminating against women (Reuters, 2018).

A growing number of companies are adopting specific kinds of algorithms designed to profile, evaluate and rank their own employees, based on specific performance indicators built around data collected via surveillance and monitoring technologies. Such tools are increasingly being adopted by companies, which raises concern on various levels, as explored in section 2b.

2f. New forms of work monitoring & surveillance

National Legislators are increasingly confronted with new and ever-evolving sets of issues arising from technological change in employee monitoring and surveillance.

To different extents, employers regularly engage in the monitoring of employees' activities. Such activity is legitimate on certain grounds: for example, to safeguard an organization's assets and property rights, ensure safety and

compliance with legal and regulatory requirements, track performance and optimize processes and, not least, prevent criminal or fraudulent activities. With remote working becoming more common, also due to the outbreak of the covid pandemic, employers may view the use of some monitoring systems as a legitimate way to ensure accountability and trackability of their employees' work. Technological progress, however, has allowed for more intrusive employee monitoring and surveillance practices, which raise many concerns with regard to workers' health and privacy.

The European Company Survey 2019 shows that roughly half of establishments in the EU27 and the UK exploit data analytics for process improvement (24%), for monitoring employees (5%) or for both (22%). A 2018 Gartner survey of 239 large international corporations found that more than 50% were using some type of non-traditional employee-tracking and/or monitoring techniques. This was up from 30% in 2015. Experts estimated, without even accounting for COVID19, that by the end of 2021 about 80% of companies will be engaging in such practices (Ceurstemont, S., 2020).

Employee monitoring and surveillance are not new phenomena. ICT companies have, for a long time, been developing online workplace surveillance (software) tools and apps such as ActivTrak, InterGuard, Veriato 360, Teramind, WorkSmart, Work Examiner and Sneek. The scope and functionality of these tools range from basic monitoring of employees' online activities to business intelligence reporting and data analytics to process employees' data. These technologies were originally developed to tackle the so-called 'cyberloafing', that is, the tendency of employees to use email and the internet for private purposes while at work – which research estimates amounts to 30% to 65% of overall internet usage at work (Burdin et al., 2020).

Today, a wide range of increasingly ubiquitous technologies can be used for employee surveillance purposes, going beyond the conventional forms of monitoring, such as closed-circuit television (CCTV) cameras and the monitoring of emails, internet usage and telephone calls. These range from artificial intelligence (AI) (e.g. automated and semi-automated systems, including algorithmic decision-making and management, machine learning and deep learning tools); big data and data analytics (e.g. use of digital tools for analyzing data collected at the establishment or from other sources); biometrics (i.e. all processes used to recognize, authenticate and identify persons based on physical and/or behavioral

characteristics); Global positioning system (GPS) (global navigation satellite system for localizing and tracing goods and people); Internet of things (IoT) and 'wearables' (e.g. smartwatches, head-mounted displays, body cameras and smart clothing applications that can send information to one another through sensors); and Radio-frequency identification (RFID) system of electronic tagging used to identify and trace objects and people and store information[12].

In particular, wearable technology – such as smartwatches, smart glasses and smart bracelets with in-built GPS sensors tracking movements and location– is an emerging trend in the workplace (Deloitte, 2018). While on one hand these technologies can help ensure compliance with policies, secure the traceability of company assets and resources, or monitor the exposure of the employees to dangerous substances, they also provide the employer with data that can be later used to increase work intensity, reduce free time and sanction underperformance of the worker. Not surprisingly, there are many examples of controversy reported in media regarding wearable devices used for employee monitoring. For instance, the Amazon's handheld scanner is a company tool officially used in warehouses to record task completion and coordinate work among employees. These scanners, however, can also be used to monitor employees' actions (miles walked, objects delivered or packed), compare them against established production targets, and keep track of interruptions, such as toilet breaks. According to a UK survey carried out by worker rights platform Organise, 74% of the Amazon workers surveyed declared to refrain from using the toilet for fear of missing performance targets, and 55% reported having suffered depression since working at Amazon (Organise, 2018).

It is apparent that these technologies present serious implications in terms of privacy and ethical concerns, as well as of worker-employer relation, since digitally enabled monitoring and surveillance inevitably shift power dynamics and asymmetries in the workplace, favouring the employer, who can now leverage an ever-increasing array of digital tools to collect and exploit employee data (Colclough, C., 2020).

Consequences on job quality are notably important, too, as the side-effects of constant and pervasive employee monitoring include higher work intensification, reduced work autonomy, increasing levels of stress and anxiety, lower levels of trust towards management and greater interference of work in the private

12 Eurofound, 2020b.

sphere. The pervasive (and growing) use of ever more sophisticated surveillance and monitoring devices can violate the psychological contract (CIPD, 2021) at the base of the mutual expectations and assumptions between employers and their workers (McParland and Connolly, 2020; Clarke, 2020). This can, in turn, adversely affect worker motivation, and damage their sense of control and autonomy, eventually leading to lower productivity, and higher absenteeism. It is argued that digitally enabled employee monitoring can also have a role in the "gamification of work, placing workers in constant competition with one another, fostering a toxic work environment". Moreover, such tools have the potential to promote discrimination, resulting from both the type and quality of the often-sensitive data collected. This can be potentially used for employees' profiling purposes, or to drive automated decision-making processes, which have a significant impact on the working conditions of the employees. For instance, the practice of collecting data on workers' health through biometrics-tracking wearables may result in discrimination regarding their career and pay progression (employers might decide not to invest resources in a physically "weak" individual). Employees may not be aware of the amount of data that they give away and may not even realize that they are disclosing personal information to their employer or third parties.

The current trends in surveillance worry the public in general, and workers are in a riskier position. There is indeed growing concern – especially among trade unions – about the invasion of privacy suffered by remote workers. Trade unions are worried that data collected at this time with the legitimation of the pandemic emergency could be used in the future, by the employers, once the emergency is over, for punitive and negative purposes.

Such concerns are justified by the massive growth in remote working brought about by the COVID-19 pandemic, which has further pushed employers to massively adopt surveillance technologies in the attempt to better control the new conditions posed by home-working.

3. REMOTE WORKING DURING AND AFTER THE PANDEMIC

The outbreak of the Covid-19 pandemic brought unprecedented changes to the global economy and the world of work, prompting governments worldwide to tackle the public health emergency with drastic measures, one of which was the nationwide lockdown in many countries. Due to the stay-at-home measures,

many workplaces were forced to close and countries encouraged employers to introduce full-time, mandatory telework[13] for their workforces to the extent practicable given their functions. This active encouragement of homeworking made teleworking the customary way of working for many employees and organizations, including those with previously limited or no experience working this way and created the conditions to carry out '*an unprecedented, large-scale experiment in mass teleworking*'[14], which seems likely to continue beyond the end of the pandemic.

In this extraordinary situation, which brings both unique opportunities and great challenges, countries, employers, and workers have faced great challenges in adapting to the new work-from-home environment, depending on the pre-epidemic trends in the spread of teleworking in the various countries, sectors and occupations. Predictions that teleworking would become a dominant way of working date back to the beginnings of the information revolution in the 1980s[15]. However, most recent estimates prior to the Covid-19 pandemic indicated that working from home accounted for a relatively marginal share of paid labour: just 7,9% of the world's workforce, or approximately 260 million workers, were permanent home-based workers[16]. Most of them lived in lower-middle income countries and worked as artisans, self-employed business owners or industrial homeworkers (e.g., seamstresses, embroidery stitchers, beedi rollers). Employees accounted for 19% of the total number of home-based workers worldwide, although this number was as high as 54% in high-income countries, where home-based work was dominated by teleworkers who worked remotely from their homes carrying out office tasks[17]. Globally, among all employees, 3% were working exclusively or mainly from their home before the pandemic[18].

Within the EU, the incidence of regular or occasional teleworking varied from 30% or more in Denmark, the Netherlands and Sweden to 10% or less in the Czech Republic, Greece, Italy, and Poland; between these two extremes, there were countries such as Belgium, France and Portugal where the share of

13 According to the definition given by Eurofound and ILO, 2017, telework is the use of information and communications technologies (ICTs), such as smartphones, tablets, laptops, and desktop computers, for work that is performed outside the employer's premises.

14 ILO, 2020a.

15 Toffler A., 1980.

16 ILO, 2021a.

17 *Ibidem*.

18 ILO, 2020a.

telework ranged from 15% to 24%. Depending on the studies, up to 20% of the United States workforce were regularly or occasionally working from home or another alternative location, 16% in Japan, and just 1,6% in Argentina[19].

In general, the highest presence of telework was in the sectors classified as teleworkable, but even in that case the estimated prevalence was rather low. Teleworking had mainly been used by highly skilled workers who did most of their computer work, enjoyed high degrees of autonomy and were employed in knowledge-intensive activities[20]. On the other extreme, the lowest prevalence of telework was in the mostly non-essential sectors that include most of manufacturing and construction[21]. Against this backdrop, the Covid-19 crisis caused far-reaching changes in a very short time. Telework reached a tipping point as more and more companies and institutions have introduced this work arrangement in an effort to keep their employees safe, while ensuring the continued delivery of critical services.

Yet, the large differences, related to the previous situation and the actual use of teleworking - both between countries and sectors -, have necessarily affected the expansion of telework practices and probably had a very different impact for some governments, employers, and workers than for others. The available data on the prevalence of telework before the Covid crisis contributes to the general impression of very asymmetric outcomes of the lockdown measures for the labour markets, which is to be added to the already very asymmetric impact of the pandemic itself.

Switching from company-based working to remote working wasn't a simple or smooth transition for all enterprises and public organizations. Many of them, lacking the ICT infrastructures, the skills and training resources to support their teams transition to teleworking or the organizational and managerial culture, may have found it difficult to reorganize their work from home in the immediate aftermath of the outbreak. Furthermore, the fact that in several countries more than half of those who started teleworking had no prior experience, arguably made the transition even more difficult, due to the absence of internal health and safety guidelines for the home office, of labour legislation recognizing teleworking employees the same rights and protections as office workers and of data

19 Eurofound and ILO, 2017.

20 EU Commission, 2020a.

21 Fana M, Tolan S., Torrejón S., Urzi Brancati C., Fernández-Macías E., 2020.

security and privacy concerns. In addition, reflecting the greater prevalence of telework among high-skilled workers, access to telework has been considerably more widespread among well-paid individuals, so that, while the pandemic exacerbated the gap between those who cannot work from home, at the same time, inequality is bound to increase, starting from an already high level[22].

As said before, because of the government-issued stay-home orders, the number of remote workers increased exponentially. Yet, more than a year after the onset of the pandemic, it is still not known exactly how many people globally work or have worked from home. This lack of information is mainly attributable to the fact that not all countries collected data from household surveys during the pandemic and even among the available surveys, relatively few have at disposal information on working from home[23]. However, as more and more data become available, international institutions are trying to outline the home-based employment proportion.

The ILO[24] estimates that during the second quarter of 2020, 557 million workers worked from home, accounting for 17,4% of the world's employment (with a percentage of 35% for the United States; 25% for other high-income countries such as Austria, Canada, Chile, Great Britain, Greece, Italy, Spain, Portugal; 17% for upper-middle-income countries, such as Argentina, Bosnia and H., Brazil, Costa Rica, Ecuador, Georgia, Malaysia, Mexico, Peru, the Russian Federation, Serbia, South Africa; 14% for the lower-middle and low-income country group, Egypt, Ethiopia, Kenya, Mongolia, Morocco, Mali, Nigeria, Tunisia, Uganda, Vietnam).

As far as the European countries are concerned, almost 4 out 10 employees started teleworking during the pandemic[25]. The most significant increase in teleworking took place in countries that were most affected by the virus, and where teleworking was well developed before the pandemic. In 2020, 12,3% of employed people aged 15-64 in the EU usually worked from home, although this share had remained constant at around 5% over the past decade. The share of employees who usually work from home increased from 3,2% in 2019 to 10,8% in 2020, while the share for the self-employed increased to a smaller

22 ILO, 2021b.
23 EU Commission, 2020b.
24 ILO, 2021a.
25 Eurofound, 2020b.

extent: from 19,4% in 2019 to 22,0% in 2020. Overall, combining both categories, from 2019 to 2020, the Covid-19 crisis generated an increase of 6,6 p.p. over a one-year period.

The EU Member States show very disparate situations among employed people working from home, especially considering the frequency of home working, whether it is occasional or usual[26]. In this regard, it was found that in Finland, close to 60% of employees switched to working from home; in Luxembourg, the Netherlands, Belgium, and Denmark, over 50%, in Ireland, Austria, Italy, and Sweden, around 40% of employees were teleworking. In these countries, fewer workers had their working time reduced. In contrast, the lowest shares of home-workers were reported in Bulgaria (1,2%), Romania (2,5%), Croatia (3,1%) and Hungary (3,6%)[27].

On average, in Europe, 24% of employees that have never worked from home before, started teleworking, compared to 56% of employees, who have worked from home occasionally before. Differences in the industrial structure are one of the main factors explaining the varying prevalence of telework across EU countries[28]. However, differences in the share of telework across EU countries were sizable even within the same sector. For instance, while in Sweden and the Netherlands more than 60% of workers in knowledge-intensive business services were teleworking, this fraction was below 30% in Italy, and even lower in Austria and Germany. Similar cross-country differences in the sectoral prevalence of telework can be observed in education, IT and communication, and to a lesser extent in administrative and support services[29].

Despite more severe restrictions being imposed throughout Europe in early 2021 compared to summer 2020, the Eurofound e-survey results show that teleworking was less prevalent[30]. In spring 2021, working exclusively from home was most common in Ireland (48%) and least common in Croatia (9%) and Bulgaria (10%), while the largest drop in working only from home was

26 Eurostat, 2020.

27 Eurostat, 2021.

28 Eurofound, 2020c, reports that in 2019 telework was structurally more widespread in countries - such as Sweden, Finland, and Denmark - with larger shares of employment in knowledge - and ICT-intensive services; these countries are also those where the largest proportion of workers began to telework as a result of the pandemic.

29 EU Commission, 2020.

30 Eurofound, 2020c.

recorded in Spain (from 46% to 21%) and Italy (from 48% to 26%). In several other countries, the incidence of working from home increased, notably in the Netherlands (from 22% to 37%).

Meanwhile, the proportion of people who worked exclusively from the employer's premises increased in most countries, especially in Denmark (from 41% to 66%) and Cyprus (from 43% to 67%). There was an increase in the proportion of people combining working from the employer's premises and from home in spring 2021 – a mode of work that was markedly more common in western than in eastern Member States, especially in Austria, Finland, France, Luxembourg, Malta and the Netherlands. While the incidence of working from home has declined in the latest phase of the pandemic, the preference to do so every day has increased since summer 2020. Most employees still express a preference to combine working from home and from the employer's premises. The most popular choice being to work from home several times a week.

In this regard, while in summer 2020 the wish to telework over the long term (at least several times a week) was similar among men (44%) and women (45%), by spring 2021 women were more likely to have this preference (49% compared with 43% of men). In the period from summer 2020 to spring 2021, the increase in the preference to work from home was strongest among those currently working only from home (from 62% to 73%), but it was also significant among those who were currently combining working from home and from the employers' premises (43% to 53%). There was no change in view among those working only at their employer's premises (26%), which in part probably reflects the types of jobs that cannot be done from home.

Compared to the period previous covid-19, when there were proportionately more men than women working from home, the situation clearly changed in 2020, where women working from home became relatively predominant: in EU for example 21,8% of employed women worked from home in 2020 against 20,4% of employed men[31].

In this regard, it must be stressed that, despite teleworking being widely considered to better combine family and work obligations, during the pandemic it is questionable whether working from home actually improved work-life balance due to the closures of schools and childcare institutions. Research shows

31 Eurostat, 2021.

differences between men and women in terms of work–life balance, highlighting that women, and particularly those with young children who worked only from home, have been shouldering the lion's share of the increase in unpaid care and household work during the pandemic[32].

The massive increase in the number of people working remotely as a response to the Covid-19 emergency, despite being planned as a temporary, short-term solution, has been going on for months and this might have some longer-term consequences in several different aspects. The full impact of Covid-19 on the labour markets is still uncertain, however, it is likely that teleworking rates will remain significantly higher than they were before the onset of the pandemic. The expanded use of telework could become part of the "*new and better normal*" for years to come and, consequently, bring permanent changes to the employer/employee relationships[33].

Even the next phases of the pandemic, as the previous ones, will show a high degree of uncertainty, entailing again hybrid or blended forms of isolation (i.e., teleworking) and deconfinement. In this context, even those organizations that will have the possibility to use physical workplaces, will have to comply with severe hygiene and safety regulations, continued restrictions and controlled conditions based on physical distancing that may not make it possible for the entire workforce to return safely to the employer's premises. At the same time, the most vulnerable and high-risk groups will need to be protected, which is why home-based telework will remain necessary in the near future for at least a part of the workforce.

More generally, in a long-term perspective, the spread of teleworking will depend on a wide range of factors, including its effects on productivity and working conditions, as well as the achievement of broader policy goals such as the digitization and the green transition[34]. While studies conducted in the past suggested that in normal times people who work from home can maintain, or even improve, their productivity while achieving a better work-life balance, in the actual emergency circumstances, productivity, working conditions, or both, may be deteriorated due to, among others, the lack of childcare, suitable workspaces and ICT tools. Meanwhile - as stressed by the EU Commission in the

32 Eurofound, 2021a.

33 ILO, 2020b; Eurofound, 2020d.

34 EU Commission, 2020a.

communication on the 2020 country specific recommendations - the benefits of telework may not be available to the unskilled or untrained[35].

A number of national surveys and studies confirm that remote working is likely to become a permanent characteristic of post-pandemic working life. In Italy, for example, estimates of the Smart Working Observatory (2020), show that the number of workers involved in telework could reach up to 5,350,000 in the future, up from 570 000 in 2019. Smart working is expected to increase in the public administrations sector as well as for occupational groups presenting "teleworkable" activities (e.g., administration and management). In the US, Global Workplace Analytics (Global Workplace Analytics, *Work at home after Covid - our forecast*) estimates that around 25-30% of workers will be working from home on a multiple-days-a-week basis by the end of 2021. A survey on companies conducted by Enterprise Technology Research (ETR), shows that the percentage of workers in the USA permanently working from home is expected to double by the end of 2021 (34.4%) (World Economic Forum, 2020). However, the "hybrid model" that is set to prevail, will require the re-thinking of the way work is carried out, organized, and regulated.

To maintain high levels of teleworking even once the pandemic ends, a joint action by relevant governments departments and agencies, representatives of employers, trade unions and professional associations will be imperative. It is worth noting that worldwide, before the Covid-19 pandemic, there was limited regulatory activity pertaining to telework and most of the regulation only took place within organizations. Existing international labour standards only address some aspects of telework, but, for example, do not provide for rights and responsibilities of workers and employers[36]. The most notable piece of legislation

35 EU Commission, 2020b.

36 See, among others, ILO Occupational Safety and Health Convention, 1981 (No. 155) and ILO Occupational Safety and Health Recommendation, 1981 (No. 164) about to the right to request telework in a situation where the worker considers that the workplace poses an imminent danger to her/his well-being; ILO Hours of Work (Commerce and Offices) Convention, 1930 (No. 30) , that be used to address the maximum daily and weekly hours for workers in offices and commerce, and by extension, to teleworkers; ILO Weekly Rest (Commerce and Offices) Convention, 1957 (No. 106), that could also be applied to ensure teleworkers receive a period of at least 24 consecutive hours of rest during any workweek; ILO Holidays with Pay Convention (Revised), 1970 (No. 132) that might also apply to teleworkers as other workplace-based workers; ILO Home Work Convention, 1996 (No. 177); ILO Home Work Recommendation, 1996 (No. 184), though not applicable to workers who telework on a partial or occasional ad-hoc basis; ILO Code of Practice on the Protection of Workers' Personal Data that could be applicable to teleworkers.

was the 2002 European Union Framework Agreement on Telework. Things started changing from the beginning of 2020 and through the course of the Covid-19 crisis when regulatory activity on telework substantially increased.

However national governments continued adopting different frameworks[37]. Some States, where regulations were used broadly, adapted them to address telework in emergency times; in other countries, national authorities extended existing regulatory guidelines on how to deal with teleworking; in some others, legislation on flexible work arrangements - that allows workers to ask for flexibility as to the location where they work - have been extended to include telework. This was the case of Australia, Canada, New Zealand and the United Kingdom. Other governments provided for specific regulatory guidance on telework, that, although not legally binding, sets a framework for workers and employers to tackle teleworking, organizes remote working performances and deals with major related problems. China and Indonesia, among others, developed this kind of regulatory guidance on telework. Something similar is a mixed system of statutory regulation and regulatory guidance, used in countries, such as Japan and South Korea: here, national legislation permits remote work as part of broader flexible work arrangements, while regulatory guidance provides a better definition of how the flexible work arrangements, such as telework, can be framed and used. This guidance might not be legally binding.

First steps in initiating change have been made as the expanded use of telework during the Covid-19 crisis exposed gaps in the frameworks that can provide guidance to workers and employers about how to use telework to meet worker and employer needs. A growing number of social actors and policymakers has begun to take regulatory action in this context. Nonetheless, given the increased prevalence and the probable stabilization of teleworking as a consequence of the expanded use of telework during the Covid-19 crisis, the need for widespread and comprehensive regulatory action is expected to grow in the future.

Due to the COVID-19 pandemic, there has been a steep increase in the demand for online workplace surveillance tools and data analytics systems to process employees' data (Burdin 2020). According to Google trends, the use of the search term 'remote employee monitoring' peaked around the beginning of the COVID-19 lockdown in spring 2020, while sales of the Sneek online

37 ILO, 2021c.

surveillance software increased tenfold in the USA, just a few weeks after the COVID-19 outbreak. (Gifford, C., 2020; Burdin C., et al., 2020).

As previously seen, the increased usage by employers of online monitoring and surveillance methods may add to the employees' anxiety and stress levels and increase the invasion of the privacy at the expense of remote workers. It should also be noted that it is not only employees who may experience greater levels of stress. anxiety and higher workload. Managers themselves trying to co-ordinate and manage remote teams may also be subject to such teleworking-related effects. For example, Microsoft in China has estimated that managing remote teams added an extra 90 minutes per week to the working time of managers due to more one-on-one calls and online meetings (ILO, 2020b).

With the return to post-COVID 'normality', the extensive use of teleworking is expected to continue, although not on a full-time basis. It is likely that when the restrictions imposed by the pandemic will end, hybrid forms of telework combining remote and office working will predominate. These arrangements would meet workers' preference, as reported by the Eurofound online survey conducted in July 2020. Results show that over three-quarters of EU employees (78%) want to continue working from home at least sometimes in the post-COVID-19 future, opting for a hybrid model of working which mixes teleworking and onsite working, while few employees (13%) wish to work remotely all the time.

4. PRESENT AND FORTHCOMING OPERATIVE SCENARIO FOR HR MANAGEMENT: FROM GLOBALIZATION TO DIGITIZATION BY WAY OF FISSURING WORK AND EMPLOYEES OUTSOURCING

In the recent past, the world of work has suffered a terrible 'race to the bottom' in terms of standards circumvention and cutting labour costs, which is still ongoing nowadays. This race between companies all over the world has been pushed through globalization of supply chains and fissuring of work. The market pressure for cost reduction has convinced entrepreneurs to act in two directions for outsourcing employees' risks and liabilities: the first one is to relocate plants and services outside the borders of the belonging country, where the labour cost is lower due to the lack of employment entitlements and rights. This social dumping practice, well known from the early '90s, has been empowered by the strategy of transnational companies to provide the production and distribution

of goods and services throughout a global network, which has multiple bases in emerging countries, and which can benefit from State regulatory deficiencies or ineffectiveness, from violation of human rights, from corruption or other criminal behaviours. Being involved in global supply chains for a less developed country is essential to plan and promote the siting of foreign companies and the flowing of their investments even on the agreement of a safe conduct on labour inspections and a free managing of workforce in contempt of every elementary human and social rights.

The second trend lies on contracting out job performances, downsizing undertakings and focusing on the core entrepreneurial activities. The business model is simple: shedding all the activities which are not core competencies (i.e., that do not provide the greatest value to their consumers and investors) to other companies, shifting to them the hiring and employee management exposure. It has been called the 'fissured workplace' by David Weil (academic researcher and President Obama's head of the Department of Labour's Wage and Hour Division) that calls back a geology term: a fissure in a once solid rock that both deepens and spreads. As the fissure deepens and spreads in the rock, in the same way, once an activity is shed, the secondary businesses doing that work often deepen the fissure even further by shifting those activities to other businesses. The farther down in the fissure one goes, the slimmer the profit margins and the greater the incentive to cut corners. The result is that economic value created by corporations is not shared with employees (except for workers who remain inside their walls), nor with the subcontractors, but is kept by shareholders and investors, leading to a stagnation of real wages for most of the jobs formerly done inside. "*The broader changes involved in fissuring mean that its impact goes beyond the narrower concepts of contingent work or alternative work arrangements. This changing business model, the 'fissured workplace', means that in more and more workplaces, the employment relationship has been broken into pieces, often shifted to subcontractors, third-party companies (through a variety of business models: subcontracting, use of temporary agencies and labour brokers, franchising, licensing, etc.) or, more troubling, to individuals who are treated as independent contractors*".

Multiplying parties providing more and more narrow tasks and services in the productive process clearly implies a detrimental impact on the intermediated workforce. When the legal compliance is shifted, the workforce becomes vulnerable to violations of even the most basic law protections. Workers at the bottom of fissured business models receive low wages, more contingent emplo-

yment, no benefits, and insecure employment, and suffer breaches of labour standards and health and safety protections, a greater injury risk exposure, and a weakened collective bargaining leverage given the business volatility and the (general) poor brand image and financial consistency. Working at the last rings of the contractual chain means not only accepting lower protection and instability within the employment relationship, but in some cases also being subject to the imposition of a different qualification, and subsequent treatment, as self-employed, with a step back of guarantees, and an unfair increase of earnings inequality. No judicial option is feasible at that stage, being blackmailed to work prevails and forces a resigned acceptance.

The extremely negative pattern of this business model is that the main purpose of the organizational restructuring business is to reduce the labour force's pay, protections, benefits, and access to longer-term career opportunities, thus the social costs of those actions are borne by others. Getting rid of employment constraints, on the one hand allows companies to maximise the revenues, given that it is much easier to face a bargaining with a contractor or subcontractor in lieu of a trade union or a work council; on the other hand turns unexpected, or not primarily set, labour costs (salary, HR management, litigation, industrial disputes, public inspections) into fixed services prices which are resistant to the most common market changes and represent a reliable framework to develop the acquired business. Of course, these experiences do not always succeed in a complete outsourcing of employment issues and problems; sometimes, when the work exploitation is extremely severe, the consequences of social standards violations fall on the principal/owner who may be convicted to reinstate or hire the subcontractor personnel, compensating the damages and losses suffered by the workers. At the same time, even more in the present social network era, leading companies are exposed to a high reputational risk for labour discriminations, misconducts and offences committed by subcontractors. So, they cannot ignore what happens in their productive chain and sites, because a growing portion of customers are keen on ethical issues and choose only products which are made in a compliant way with social standards.

Along with this phenomenon comes the inception and spread of platform providers. Companies offering goods or services through online platforms bypass the traditional distribution network by keeping in touch directly with the customer or user. The model requires a high flexibility and adaptation of the supply which is provided by gig-workers. The worker will be hired only when

someone orders a product or service and is dismissed (or stops getting paid) immediately after. These short-term engagements maximise the business profit (the company pays workers only when it needs) and displace the business risks to the workers who bear the inactivity costs and who are personally responsible for the diligent and timely execution of the services. In addition, if something goes wrong, they might receive worse reviews or feedback. This, in turn, might have severe implications on their capacity to work or earn in the future as the possibility to continue working with a particular app, or to find better-paying jobs on crowdsourcing platforms which are strictly dependent on the rates and reviews of past activities. In the meantime, gig-workers are mostly classified as independent contractors, even if their activities are pervasively controlled and monitored by the platform owners, on the assumption that they are free to accept or not an assignment and they decide autonomously how to perform the tasks and when being available for job. This allows platforms to discharge any social obligations towards their personnel, who is not entitled, except for specific protecting measures adopted by single States, to be granted by minimum wage laws, social security contribution, anti-discrimination regulation, personal data protection, sick paid leaves, holiday, and sometimes even freedom of association and collective bargaining, which is constitutionally acknowledged only to subordinate workers or to bogus self-employed persons, not to independent contractors.

Now breaks into the above-described scenario, itself very deconstructive for labour law, the technological revolution of AI and algorithms, which emphasizes the trends towards individualisation, de-unionisation and decentralisation of collective agreement. The core question is: how to protect workers' rights during the digital age? Is it better to dismantle the standard employment contract and construct in its place a broader foundation of economic security for all as somebody proposed, or is it better to move with great precaution towards an updating of concepts and definitions, keeping in force the actual system of protection with some limited revisions?

First, we may clear up that the answer is not influenced by the personal believes on the substitution rate machine v. human that is reasonable to expect in the next future. There is no doubt about the possibility of human replacement by machines in a lot of job positions involving low-skilled, but even high-skilled, professions. We are all aware after Harari teachings, that economic growth will not solve technological disruption and that billions of people will be pushed

out of the market in the next future by the technological revolution, since AI will compete with humans against neural networks in calculating probabilities, recognizing patterns, and taking consequent decisions. Differing from the past industrial revolutions, the ongoing tech revolution involves not only physical but also cognitive typical human skills, and that is the reason why it will be more disruptive and result in greater job cuts than the precedents. At issue is the real dimension of jobs creation, how the market will react to the job destructive impact of new technologies, how the people will manage the stress of job volatility, and how Public Institutions will satisfy the massive needs for permanent learning since almost everyone will not perform the same profession for his/her entire life.

Nobody knows the future, but even the authors who predict a huge replacement of humans by machine learning robots, with permanent high unemployment rates and shortage of skilled labour, date the event by 2050. Given that it is worthwhile for policy makers to anticipate the trends and mitigate the impacts, slowing down the pace of automation and offering transitory solutions to the new arising problems, at the current time the analysis should be focused on the actual situation and not be affected by a subjective, so far not generally agreed on, prediction on the future development of labour markets and business models. In other words, it is useless, and even counterproductive, taking into account the threat, not yet proved[38], that job losses could in the future outstrip job creation, i.e., the jobs absorbed by tech innovation are only in small portion compensated by the new jobs related to AI (designing, maintaining, implementing, supporting) and by an consumer surplus stemming from the productivity gains and cost savings of automation. What we are expected to do is try to give a solution based on the present organizational framework, not to make a proposal built on an imaginary forthcoming scenario which does not yet exist (although represented by the fascinating concept of 'post-work world'). In doing so we fully endorse the ILO's purpose to construct an after-pandemic world marked by more global cooperation, with better social governance, with the voices of all stakeholders being heard.

38 In the same way, Richard Freeman believes that technology has already contributed to a historic shift in the distribution of income over the past two decades toward robots/capital and against labor, but he expects technology to affect wages more than employment: "*The 'iron law' of the effect of robots on pay is that increased substitutability with human skills puts downward pressure on the wages of persons doing competing tasks - a pressure likely to grow in the future as technology improves the competence of robots and lowers their cost*".

5. THE CLASSIFICATION ISSUE

The main challenge to labour law arisen from the automation spread and work fissuring is the qualification issue. In most countries the labour protection is restricted to employment relationships, and it is built around the subordination paradigm. The legal model consists in a mix of both private and public regulation that protect the individual's freedom to participate in an employment relationship and ensured key protective minimum working conditions and social benefits. It does not simply regulate the exchange of work and remuneration, but in readdressing the inherent asymmetries in power between the employer and the employee, it serves as a gateway to a protection granted by law. The typical purpose of labour law is to provide rules which limit the scope of autonomy of the parties involved, offering a set of rights for the employees – and accordingly, a set of statutory duties for the employer – that can be effectively enforced.

Succeeding to bypass the binding model means for the enterprises huge savings of labour costs (i.e., the discrepancy in payment wedge could reach up to 40%!). This justifies the continuing entrepreneurial attempts to escape from the regulatory framework of an employment relationship, both stressing on the autonomy and self-coordination of the work done and offshoring labour costs. The legal reaction was addressed to set up a more comprehensive and up-to-date notion of subordination which can take due account of the factual changes in labour relations. Indeed, labour relations have lost the hierarchical-top-down approach to fade towards structured relational network model, managed through apps, which develop according to schemes in which the intelligent collaboration is inspired by less subjection and greater sharing of the worker. In this respect, most national legislations and/or national courts have shifted the core of subordination from the hetero-direction criterion to the hetero-organization test, which means that all workers that have been proved to be subjected to strict time and space hetero-coordination are included into the protected category, even if they are not under specific directions on the way they perform the job. Besides, the work is getting more creative, horizontal, and collaborative with added value for companies, insisting on the traditional concepts of hierarchy, discipline and standardized tasks would have constrained the labour rights scope of application into such a narrow area to become irrelevant for social justice and wellness.

The changing process of subordination paradigm still has two problems to deal with: i. In an enlarged inderogable notion of subordination, how can the parties' contractual willingness to conclude an autonomous agreement be preserved, flowing out of a genuine self-employed relationship? ii. Given that the managerial powers are shifting, at least in part, from humans to algorithms, how does this circumstance affect the classification issue? How can workers be safeguarded from pervasive control and monitoring? On the one hand there is a need to find a balance between opposite, genuine interests, on the other hand there is a need to avoid abuses. So, the reference revised notion should be, at the same time, on different grounds, more restrained and more inclusive.

As it is clear that the parties' bargaining power is valued by having regard not to the label of the contract but to all factual circumstances, to establish whether the worker is an independent contractor, the factors should be: a) the worker must be free from the control and direction of the hirer in relation to the performance of the work, both under the contract and in fact; b) the worker must perform work that is outside the usual course of the hirer's business; c) the worker must be customarily engaged in an independently established trade, occupation, or business of the same nature as the work performed for the hirer. If the control test and the integration in the organization test are quality tests based on certain degrees of recurrence, the trade test is structured in a binary mode (yes/no), thus it comes before the other two. Does the performer genuinely operate a business on his or her own account? If the answer is yes, then the test moves on the way of doing the job and on the relation between the working activity and the employer's business scope, considering whether the principal supplies working instruments, tools, and the place of work. But if the response is no, then there is no room for independent contractor qualification. In any case the evaluation must respect the parties' effective will and not go beyond their interests and purposes as expressed in the practical activity execution. Contractual frauds and abuses are banned, but only after a detailed scrutiny of existence.

So far, the employee was identified as a person who agrees to work under the direction and control of the employer, who – as a legal effect – has the power to issue orders and directives, to control how they are carried out and to sanction non-compliant behaviours. As above mentioned, the direction turns into hetero-organization and monitoring, and the sanction is construed in a broader sense which encompasses every negative impact on worker's financial sphere not limited to disciplinary actions. But the current point is: does it

change anything if the supervision is run by an algorithm which determines an effective and efficient searching, matching, scheduling, and allocation of work and of levels of remuneration?

The AI and the relative algorithms, not only in platform companies as reported above, have taken over the managerial powers of production and working organization and control, given their better performance in managing a huge quantity of data. The technological environment is nevertheless planned and coded by the company which defines settings and outputs for the machines to be arranged and implemented. It is the company that inspires the use of the tech tools, which are not neutral, not objective, not unchangeably set-up, and not powered by an autonomous will. So, the digital environment, even if there is no human beyond its productive or distributive choices, giving instructions and exercising control over the working activity, represents the *longa manus* of the employer, and can be scrutinised for any reason relating to the labour relation, including for classification purpose. This means that the worker should be authorised to have access to the algorithms governing the performance of his/her job to prove to be subjected to directives, organizational inputs, monitoring, and/or punitive practices. They are sensitive company information but, in respect to confidentiality obligations, should be shared with workers' representatives and to the interested party who has brought a judicial action against the firm. The worker, and the judge in his qualification assessment, should be fully aware of the organizational context in which the job is performed. The context is formed by the evidence (exterior options available) of the app that drove that worker, but also by the algorithms and neural networking which oversee the app. In the coding lies all the necessary information about the purposes and the way to achieve them set up by the company.

Some national Courts in Europe have already stated the discriminatory nature of app/software that does not consider the absence from platform work justified due to a strike participation or a medical treatment. If the tech tool is coded to giving a priority to the more reliable workers in future working session self-service booking, if the reputational score of the workers is gained on the rate of workers' timely connections to the platform, if the system does not exclude from the degree of participation any just cause related to individual performance impossibility, and if the priority given determines not only a shift in reducing selection but also a relevant shrinking of hourly slots for the lower ranking workers, then the app is unlawful for discriminatory reasons and the

worker is entitled to be treated as an employee and/or to be compensated for earnings losses and for health damages. The so-called 'opacity of automatic decision assistance systems' is no longer sufficient to protect companies and relieve them of their responsibilities towards workers. In a classification or discriminatory lawsuit, the burden of proof relating to the intensity level of organizational imposition led by the infotech is shifted from the claimant to the respondent who must disclose the intime structure and coding to avoid presumptions, functional to the applicant defence. If the respondent fails to give a complete coding description or decides not to make such a disclosure, then he cannot invoke a confidentiality principle to underpin his conduct. The balancing between freedom of economic initiative and social fundamental rights leans in this case to the second, due to the principle of proximity to the proof and to the fact that giving evidence of the coding contents might be a diabolical proof for the worker. After all, reversing the burden of proof on the employer rather than on the employee where employment status is in dispute, has already been experienced in some western legal systems which impose a prior allegation duty to the employer.

Enlarging the scope of application of subordination to encompass new features of work dependency in the digital environment or strengthening the regulation of nonstandard employments (casual work, temporary work, zero hours contracts, fixed-terms contracts) are not the only countermeasures adopted by national laws to avoid employers' misclassifications. To ensure protective regulation and worker unionization, preventing a competitive advantage by shifting all risks into workers to breaching companies, some countries (e.g., Spain, England, Germany, Italy), in different ways, have introduced a new legal form of relationship placed between employment and self-employment. The so-called *tertium genus* model aims at giving a fixed degree of protection to workers who stand in a "grey zone", and even if they have in some respects freedom of performing jobs, they work within an organized service unilaterally determined by the employer who prohibits to contact clients "autonomously" or saving their personal data or serving other contractors. These workers may share characteristics of the self-employed (e.g., they can choose when and where to work; they use their own equipment); but they may also share some characteristics of employees (e.g., they cannot set their own rates of pay, they cannot be replaced in executing their tasks by someone else, they may have to wear a uniform, they are engaged by a single client).

The challenges for policymakers are to identify the workers in the "grey zone" detecting the eligibility criteria of "dependent" or "employee-like" self-employed and decide which social standards should be extended to them and how. The last aspect is the most controversial one. It is widespread to provide those workers with minimum standards of pay, holidays, accident and pension insurance schemes, exemption from the antitrust regulations and the right of association and collective bargaining. On the contrary, it is disputed, and taken on a State-by-State basis, how to grant these protections, if simply extending the subordinate workers' rules or providing devoted rules, produced by legislative acts or collective agreements or, in a binding precedents common law system, judgements. In any case, the introduction of such a third working category could be useful to defuse the all-or-nothing disciplinary alternative and to set up a supplementary tool which keeps working relations in the declared jobs framework without affecting the persisting reference contract of (standard) employment.

The digital worker should refer to an employee who cooperates in the achievement of the productive aims of the enterprise, against salary and safety, but also, more widely, of a full "recognition" of his essential role in business activity and the consequent enhancement of his skills and abilities. Mutual re-cognition, of the enterprise by the worker, and of the worker by the enterprise, has become a key factor in the automatised producing system in the meaning that the human contribution is fundamental to reach high productivity and it is still typically depicted within a subordinate relationship. Joining a more collaborative or mutually determined workplace in which workers have to take initiative themselves and build up their own role based on creativity and expertise, should not represent an alibi to escape from standard employment, given the fact that labour integration into the firm's digital operations has been boosted and the monitoring of individual performance has considerable increased its intensity and quality too. The fact that standard employment has been reshaping in the principal figure of authority and dependency due to the new empirical layout where workers are free to plan their work but in a hetero-organised and strictly controlled environment, does not mean leaving the classical trade off 'subordination' and 'protection' which is more timely than ever given the growing information asymmetry within the workplace. The traditional protective model founded on the social contract is still resilient to technological changes and should be our steady benchmark.

6. DIGITAL MONITORING, EMPLOYEE'S PRIVACY, AND TIME'S POROSITY

As described above, the means of control over working performance coming from AI applications and tools are getting more pervasive and deep day by day. This augmented monitoring is difficult to challenge in a social protection perspective because of the expanding permeation between professional life and private life[39]. The main purpose of employment privacy regulation is getting aside the employer from every worker's information or personal data which is not strictly relevant to the job performing and which is not required for employment contract execution or asked by Public Authority (e.g., Inspectorates, Health and Safety Institutions, Social Security entities). In any case, processing employee's data is prohibited to the employer if it is exercised not in a transparent, accurate and adequate manner, or in a manner that is incompatible with the legitimate purposes assumed, or in a manner which permits identification of data subjects (workers) for no longer than is necessary for the purposes for which the personal data are processed. The explosion of remote working and social networking has blurred the line between home and work, so in many cases it is extremely hard to detect whether the information lies in a personal sphere or becomes of business interest. The human digital relations, and consequent information, are so disseminated and tied together to make it nearly impossible in practice to make a distinction between what is restricted to individual uses and what is functional to entrepreneurial aims. Workers profiling and recruiting tools, which are automated forms of personal data processing, consisting of the use of personal data to evaluate certain personal aspects relating to a natural person, "*in particular to analyse or predict aspects concerning that natural person's performance at work, economic situation, health, personal preferences, interests, reliability, behaviour, location or movements*" (art. 4, Regulation (EU) 2016/679, in short GDPR), became lawful if they are conducted in a pertinent, proportionate and adequate way, and they have been object of meaningful information to workers about the logic involved, as well as the significance and the envisaged consequences of such processing.

The *ratio* of protection techniques adopted in Europe and in other Western Countries is clear: the capacity of infotech to gather personal information

39 You may think, for example, at the comments or reviews or opinions delivered by the employee in social networks: could they be judged for termination by the employer when they are issued on private accounts and are not related to the company? It should not be forgotten that these data are protected under the human right of freedom of expression.

'on air' is impressive and cannot be banned by legal regulation, since it took it too far. Thus, it is worth setting substantial conditions of exercising, that could guide the processing to a better interests' balance, and procedural informative conditions that could lead to a better understanding on what's going on in the enterprise by a meaningful overview of the intended processing. The right to be let alone has given way to the right to develop one's social identity, which means that every worker has the power not to prevent the employer from using personal data but to prevent the employer from using personal data in a manner that could distort employee's identity and alter the common perception of the person in the reference community.

On the other hand, in the most powerful states (USA and China for all) data concerning jobs performance and all the activities done in the workplace are considered the employer's property and there is no expectation of privacy. The collection and processing of those data is always lawful, at least until it infringes on a specific binding provision (e.g., discrimination law or competition law). A different approach was followed by the European countries which prohibit the control over the jobs performing done through digital tools, unless the monitoring is stemming from the working tools, i.e., from the common devices used to carry out working tasks, or from the legitimate purpose of meeting objective needs such as organizational / productive requirements, protection of company's assets, protection of employees' health and safety, employer's judicial defence. A right to privacy is granted, but it is evident that it stands as a general principle more than an effective operating rule due to the wideness of the exemptions and the ubiquity of infotech.

Furthermore, automated individual decision-making within the workplace is permitted even in European Countries, though under some imperative conditions regulated by art. 22, GDPR: "*1. The data subject* (i.e., the worker) *shall have the right not to be subject to a decision based solely on automated processing, including profiling, which produces legal effects concerning him or her or similarly significantly affects him or her. 2. Paragraph 1 shall not apply if the decision: (a) is necessary for entering into, or performance of, a contract between the data subject and a data controller; (b) is authorised by Union or Member State law to which the controller is subject and which also lays down suitable measures to safeguard the data subject's rights and freedoms and legitimate interests; or (c) is based on the data subject's explicit consent. 3. In the cases referred to in points (a) and (c) of paragraph 2, the data controller shall implement suitable measures to safeguard*

the data subject's rights and freedoms and legitimate interests, at least the right to obtain human intervention on the part of the controller, to express his or her point of view and to contest the decision". Given that the worker's consent is quite easy to acquire, at least at the beginning of the employment relation, and given that it is very simple to demonstrate the nexus between automated decision-making and hiring process or jobs performing, the worker's protection against errors committed by the algorithm is restricted to the possibility of having voice in the automated choice. It has been recognized as a right to human interaction, i.e., the possibility for workers affected by a wrongful decision taken by machine to challenge that decision before the human functionally responsible for that automated process, pretending a response to their complaint.

The response may be comprehensive of the logic beyond the algorithm, but it may also be limited to the visible outputs, depending on the existence of a disclosure willing and based on whether the employer owns (or not) the coding. Criteria of evaluation should be transparent and known to workers, and to ensure avoidance of arbitrary or discriminatory outcomes. To this end, even if it were possible to have automatic changes and updates in the operation of algorithms through self-learning artificial intelligence, the final assessment should be questionable by workers before a human (manager) who is compelled to give an accurate response to the file brought out. In any case, if the response doesn't fit the grievance, it could be challenged before Labour Courts as any other human decision pertaining the employment relationship, with the advantage for the claimant of a partial reverse of the burden of proof in analogy to what happens with the classification disputes.

As digital surveillance becomes ever broader, albeit in European countries it should be respectful of legitimate purposes, proportionality, and security principles, paradoxically the control over working time has declined, but it is only an apparent paradox. The rules on working hours and their respect are based on the industry work model; they cannot suit the new forms of work organisation, linked to the intensive use of digital devices, automated decision-making processes and remote working. The transformation of the employment relationship in a cooperative and project-oriented way – the workers are asked to craft the content of their work, to determine their own working time, to use digital devices for business aims "anytime, anywhere" – determines an evaluation of work which is not dependent on the amount of time spent on professional's duties, but to the results and achievements stemming from the employee's

activity. This trend has two effects: one, positive, to give to the worker more time and space flexibility to do the job, the second, negative, to blur the line between leisure time and working time, enlarging the employee's exposure to company needs. Digital tools can create an absence of working limits, leading to excessive interference in the private lives of employees. The phenomenon has been called 'time's porosity', to stress the fact that working time has widened its meshes while embracing almost the entire active worker's life.

To overcome mental diseases, the risk of burn-out, and preserve both the employee's integrity and the enterprise's productivity, some European countries (e.g., France and Italy) have experienced the right to disconnect, which is the right to refuse to respond to work-related communication outside of working hours. Employees should not be expected to field work calls and emails, or communications with their bosses, outside of working hours. Providing such a legislative right is a reasonable measure, but it is not sufficient in practice to escape digital invasion and protect against an information overload with bias on psycho-social well-being. What is necessary is strengthening the implementation and the enforcement of the right through collective agreements signed at plant or company level. Collective bargaining, at the closer stage to the workers, might be engaged at the same time in "negotiating the algorithm", which means union representatives co-determining or simply being informed about the digital processes governing the work organization, and negotiating the forms and ways to efficiently exercise the right to disconnect, putting in place the appropriate instruments to empower its application (e.g. creating a bipartite commission, launching informative campaigns for workers and managers, setting up a complaint procedure and/or a grievance procedure for settling disputes, and so on). Collective bargaining can also be essential by introducing either a collective right of information and consultation on infotech organizational matters or an individual right to lifelong training for workers to better face the use of new machinery and the need to be transferred to other tasks or occupations in case where their jobs will be displaced by automation.

The legislative or contractual provisions relating to the right to disconnect are not the only provisions tackling time's porosity. Some other actions have been brought to contain a negative impact of being constantly 'on call'. On the side of illness prevention and recovery, counselling and medical services have been provided and financed by the firms as well as compensatory leave, rest, or holidays. On the side of payment of non-managers' overtime, special

indemnities have been added to standard salary to reward the wider overall working availability or the single supplementary working time units. On the side of private life control, given, as we above referred, the factual impossibility of non-recording personal data by companies' digital tools, have been disciplined collective (information) and individual (interaction) rights aiming to limit processing operations for legitimate purposes and to supervise and orient data storage and selection. It is true that "*the traditional idea of working time and workplace, or the fact that they coincide, is left behind*"[40]. In order to bridge the gap produced by technology innovation, some regulatory steps have already been experimented with, and some others are nearly to come, hopefully also in emerging countries.

7. CONCLUSIVE REMARKS. SOCIAL REGULATION AS ANTIDOTE TO GLOBALIZATION INEQUALITIES

We believe, along with S. Deakin and M. Markou[41], that "*legal evolution, not deregulation, is the way forward for labour law*". If it's true that labour costs stemming from employment laws are among the factors that lead firms to fissuring work, automate jobs and replace people, it is equally true that social fundamental rights are granted at international constitutional level and cannot be bypassed, even temporarily, because of the spread of an economic worldwide crisis[42]. We should always find an equitable balance between freedom of enterprise and social rights to make the economic growth sustainable and to allow labour protective rules and Institutions to effectively influence economic processes, including the ones triggered by new technologies. The actual labour law tendencies towards deregulation, deinstitutionalization, and individualization have to be countered to resist the market pressure, keeping on implementing a fair developing model based on social cohesion, equal labour standards, and dignity at work. The way has been clearly paved by ILO in the recent (2019) Centenary Declaration for the Future of Work and it is focused on the promotion of a human-centred approach to the future of work, "*which puts workers' rights and the needs, aspirations and rights of all people at the heart of economic, social and environmental policies*".

40 Hendrickx F. (2019), p. 376.

41 Deakin S., C. Markou C., 2018, p. 17.

42 V. De Stefano V., 2018, p. 24.

The Century ILO Declaration, adopted at the 108th International Labour Conference, following the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work (1998) and the ILO Declaration on Social Justice for a Fair Globalization (2008), draws the roadmap of ILO's action in defending and reshaping labour law for the next Century. "*The ILO must direct its efforts to: (i) ensuring a just transition to a future of work that contributes to sustainable development in its economic, social and environmental dimensions; (ii) harnessing the fullest potential of technological progress and productivity growth, including through social dialogue, to achieve decent work and sustainable development, which ensure dignity, self-fulfilment and a just sharing of the benefits for all; (iii) promoting the acquisition of skills, competencies and qualifications for all workers throughout their working lives as a joint responsibility of governments and social partners*". These guidelines are filled with the principal ingredients for Member States, Social Partners and International Organizations to make good recipes in striking the balance between labour and capital interests in the digital world. It is, in particular, reaffirmed that "*All workers should enjoy adequate protection in accordance with the Decent Work Agenda, taking into account: (i) respect for their fundamental rights; (ii) an adequate minimum wage, statutory or negotiated; (iii) maximum limits on working time; and (iv) safety and health at work*".

Some criticisms have been made to the provision from the labour side[43]. Even if future improvements are welcome to the purpose of strengthening decent work and sustainable development, we must bear in mind that the provision is the result of a compromise taken in the tripartite Conference, and responds to the different sensitivity, values, and practice existing within the Member States. Furthermore, most objections seem to be more formal than substantive (e.g. the lack of an express recognition of the lifelong learning right or the missing elevation of the right to occupational health and safety (OSH) at the workplace to the rank of fundamental principle at work), while the main criticism concerning the scope of application of fundamental rights (in the final version of the Declaration has been erased the specification "*all works regardless of their employment status or contractual arrangements*"), can be overcome by stressing the fact that the provision refers to the concept of worker, not to the one of employee. This means that the recipients of the granted protections might be all the people who perform a job in a dependent way, either employees or dependent self-employed. Consequently, the decent work category, and its typical

43 Potocka-Sionek N., Aloisi A., 2021, p. 27.

normative protection (fundamental rights, adequate minimum wage, working time limits, safety and health at work), is not reserved to subordinate workers, but it is open to all workers who are economically dependent on their contractor. The scope of application of the fundamental social standards must lie on the worker's material position and needs, not on a conventional qualification of subordinate worker.

The ILO route towards decent work for all engaged in a relationship with a dominant and imbalanced counterpart was officially enshrined by the Declaration which calls on national governments and social parties to respond to challenges and opportunities relating to the digital transformation of work, including platform work. It's now up to the Member States to face the challenges, adapting the rules, enforcing the compliance, strengthening the Inspections Authorities, i.e., investing in a renewed regulation and in renewed institutional instruments which are, at the same time, compatible with the ongoing process of supply chain globalization but also in line with the social values, universally stated. It is a government's duty, coming from the association to international bodies, to build up new constructive policies, inspired by the international guidelines and provisions and rejecting any disruptive approach, not consistent with the fair balancing of opposite rights, both equally worthy of protection. The new national policies, far from dismantling the "*fortress of employment-based rights and benefits*", might tend to update the notion of subordination, expand the social fundamental rights to all economic dependent working relations, promote investments in job training and in job creation, reduce the phenomenon of working poors, experiment forms of guaranteed income support, such as the universal basic income, introduce forms of individual and collective information on, and participation to, the organizational model management, promote job sharing through reduced hours and weeks of work, subside universal basic social services (education, transport, healthcare, etc.).

Workers still need legal protection against commodification and exploitation. They should rely on imperative provisions and on union representatives, enabled to act as recognized intermediaries and holders of a full collective bargaining power. But, given the fact that international rules are not binding in horizontal relationships within each Member State, so workers cannot plead them before Courts if they are not yet ratified and implemented through domestic laws, the tension towards the renewed regulative approach might be shared and pursued by most Countries to be effective. As we have seen, the companies

and the markets are largely transnational, as well as the social provisions might be adopted by many States to become a common rule, avoiding social dumping and in fraud practices. The only way to gain this goal is making every possible effort in cooperative and multilateral channels to push the implementation of the ILO joint regulative framework by most Countries.

Ensuring social standards is an ethical matter in the first instance, but it has also become an economic imperative. The raising of the labor floor of rights throughout the world is the best antidote against the model of market globalization and productive offshoring based only on labor's cost cuttings. At the same time the increased use of robotics and other automation technologies could partially bridge the gap between more and less industrialized countries, reducing the distance and encouraging companies from emerging countries to compete and find their own operational fields. It is well-known that the possession of big data and the capacity of quickly processing them give to the owners the lion's share of the market (and this is the reason why there are proposals on the ground to tax leading corporations controlling the algorithms or to compel them to freely share part of their big data), but it is also quite clear that digital innovation continuously changes organizational and industrial processes, feeding new demands for products and services and requesting appropriate supplies. New sectorial untapped markets will be opening, and this represent an extraordinary chance for emerging countries to boost their economy while assuring an adequate standard of living for their employees. It's time to extend the European model of a sustainable and equal growth and to support every international effort in the direction shown by ILO: "*to promote policy coherence in pursuit of its human-centred approach to the future of work, recognizing the strong, complex and crucial links between social, trade, financial, economic and environmental policies … Such a future of work* (A/N with full, productive and freely chosen employment and decent work for all) *is fundamental for sustainable development that puts an end to poverty and leaves no one behind*"[44]. For a bright future of the work, and for a better living for all, we cannot miss this target.

44 ILO Century Declaration, 2019, p. 9.

BIBLIOGRAPHY

Acemoglu D., Restrepo P., *Automation and new tasks: how technology displaces and reinstates labor*, Journal of Economic Perspectives, Vol. 33, Fasc. 2, 2019, pp. 3-30, https://pubs.aeaweb.org/doi/pdf/10.1257/jep.33.2.3;

Agrawal A., Gans J.S., Goldfarb A., *Artificial Intelligence: The Ambiguous Labor Market Impact of Automating Prediction*, Journal of Economic Perspective, Vol. 33, Fasc. 2, 2019, pp. 31-50;

Aloisi A., De Stefano V., *Essential jobs, remote work and digital surveillance: addressing the COVID-19 pandemic panopticon*, International Labour Review, 2021, pp. 1-31, https://doi.org/10.1111/ilr.12219;

Arntz, M., T. Gregory and U. Zierahn, *The Risk of Automation for Jobs in OECD Countries: A Comparative Analysis*, OECD Social, Employment and Migration Working Papers, No. 189, Paris, 2016, https://doi.org/10.1787/5jlz9h56dvq7-en;

Banca Mondiale, *The changing nature of work*, World development report 2019, Washington DC, 2019, pp. 1-151, https://www.worldbank.org/en/publication/wdr2019;

Barbato M. R., *Provvedimenti in materia di lavoro adottati in Brasile per contrastare l'emergenza da Covid-19: un'analisi critica*, in Il Diritto del Mercato del Lavoro, No. 1, Napoli, 2021, pp. 173-202;

Bellomo S., Perulli A. (Eds.), *Platform work and work 4.0: new challenges for labour law*, Milano, 2021, pp. 1-224;

Berg J., Furrer M., Harmon E., Rani U., Silberman M. S., *Digital labour platforms and the future of work - Towards decent work in the online world*, International Labour Office, Geneva, 2018, pp. 1-160, https://www.ilo.org/global/publications/books/WCMS_645337/lang--en/index.htm;

Bennato A., *Il ruolo dei team nell'industria 4.0*, in Cipriani A., Gramolati A., Mari G. (a cura di), Il lavoro 4.0. La Quarta Rivoluzione industriale e le trasformazioni delle attività lavorative, Firenze, 2018, pp. 3-17, https://fupress.com/archivio/pdf/3559_14079.pdf;

Bolego G., *Intelligenza artificiale e regolazione delle relazioni di lavoro: prime riflessioni*, Il lavoro nel diritto, No. 1, 2019, pp. 51-67;

Brynjolfsson E., McAfee A., *The Second Machine Age: Work, Progress, and Prosperity in a Time of Brilliant Technologies*, New York, 2014, pp. 1-304;

Burdin G. et al., *Why using technology to spy on home-working employees may be a bad idea*, LSE Blog, 17 June 2020, https://blogs.lse.ac.uk/businessreview/2020/06/17/why-using-technology-to-spy-on-home-working-employees-may-be-a-bad-idea/;

Butera F., *Lavoro e organizzazione nella quarta rivoluzione industriale: la nuova progettazione socio-tecnica*, in L'Industria, No. 3, 2017, pp. 1-17, http://www.ervet.it/wp-content/uploads/2017/10/Industria-4.0-Articolo-per-LIndustria.pdf;

Carinci F., Pizzoferrato A. (a cura di), *Diritto del lavoro dell'Unione Europea*, Torino, 2021, pp. 1-519;

Caruso B., Del Punta R., Treu T., *Manifesto per un diritto del lavoro sostenibile*, Centre for the study of European labour law "Massimo D'Antona", 2020, pp. 1-96, http://csdle.lex.unict.it/Archive/AC/Webliography/Blogs/20200521-032536_Manifesto_Caruso_Del_Punta_Treupdf.pdf;

Casale D., *La tecnologia nella gestione della previdenza pubblica: telematizzazione degli archivi contributivi e diritti individuali dei lavoratori*, in da Silva Veiga F, Pires Fincato D. (diretores), Gonçalves R. M., de Brito P. (coordenadores), Estudios de direito desenvolvimento e novas tecnologias, Porto, 2020, pp. 9-23;

Casano L., Seghezzi F. (a cura di), *Le trasformazioni del lavoro: un percorso di lettura*, Bologna, 2021, pp. 1-205;

Castellano N., Leto L., *Implementazione di sistemi di misurazione delle performance nelle PMI: elementi di analisi nella prospettiva del cambiamento organizzativo*, in Management Control, No. 1, Milano, 2021, pp. 129-150;

Charbonneau K., Evans A., Sarker S., Suchanek L., *Digitalization and Inflation: A Review of the Literature*, Staff Analytical Notes, Bank of Canada, 2017, pp. 1-17, https://www.bankofcanada.ca/wp-content/uploads/2017/11/san2017-20.pdf;

Colclough C., *Workers' rights: negotiating and co-governing digital systems at work*, 2020, https://socialeurope.eu/workers-rights-negotiating-and-co-governing-digital-systems-at-work;

Conforti L., *"Breque dos App's": greve ambiental e direito de recusa dos entregadores por aplicativos*, in Plataformas Digitais de Trabalho - Aspectos Materiais e Processuais, Brasilia, 2020, pp. 97-114, https://www.anamatra.org.br/images/publicacao/enamatra/publicacao_PlatDigTrabalho_web.pdf;

Costantini F., *Profilazione e "automated decision making" in ambito lavorativo nella giurisprudenza italiana*, Il Lavoro nella giurisprudenza, No. 11, Milano, 2019, pp. 984-995;

Cristadoro R., (a cura di), *Una nuova rivoluzione industriale?*, Dipartimento di Economia e Statistica, No. 1, 2019, pp. 1-15, https://www.bancaditalia.it/pubblicazioni/focus-on/2019/FocusOn_1_2019.pdf;

Dagnino E., *Dalla fisica all'algoritmo: una prospettiva di analisi giuslavoristica*, Fondazione Adapt, 2019, pp. 1-208;

Daugareilh I., Degryse C., Pochet P. (Eds.), *The platform economy and social law: key issues in comparative perspective*, Brussels, 2019, pp. 1-136;

Dazzi D., *Gig Economy in Europe*, Italian Labour Law e-Journal, Vol 2, Fasc. 12, 2019, pp. 67-122, https://doi.org/10.6092/issn.1561-8048/9925;

de Lacerda Carelli R., Cavalcanti T. M., Patriota da Fonseca V., *O Futuro do Trabalho: efeitos da revolução digital na sociedade*, Brasília, 2020, pp. 1-473, http://escola.mpu.mp.br/publicacoes/obras-avulsas/e-books-esmpu/futuro-do-trabalho-os-efeitos-da-revolucao-digital-na-sociedade;

De Stefano V., *"Negotiating the algorithm": automation, artificial intelligence and labour protection*, ILO Working Paper No. 246, International Labour Organization, Geneva, 2018, pp. 1-41, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---emp_policy/documents/publication/wcms_634157.pdf;

Deakin S., Markou C., *The law-technology cycle and the future of work*, University of Cambridge Faculty of Law Research Paper No. 32/2018, pp. 1-26;

Delfino G. F., van der Kolk B., *Remote working, management control changes and employee responses during the COVID-19 crisis*, Accounting, Auditing & Accountability Journal, Vol. 34., Fasc. 6, Bingley, 2021, pp. 1376-1387, https://www.emerald.com/insight/content/doi/10.1108/AAAJ-06-2020-4657/full/pdf?title=remote-working-management-control-changes-and-employee-responses-during-the-covid-19-crisis;

Dell K., Nestoriak N., *Assessing the impact of new technologies on the labor market: key constructs, gaps, and data collection strategies for the Bureau of Labor Statistics*, Washington DC, 2020, pp. 1-72, https://www.bls.gov/bls/congressional-reports/assessing-the-impact-of-new-technologies-on-the-labor-market.htm;

Devetzi S., Stergiou A. (Eds.), *Social security in times of corona - a legal comparison of selected European countries*, Athens, 2021, pp. 1-201;

Di Martino V., *Telelavoro. La nuova onda*, Il Mulino, No. 2, Bologna, 2020, pp. 159-177;

Di Nunzio D., *Flessibilità e digitalizzazione del lavoro: forme organizzative, condizioni e soggettività*, Scientific Journal on Digital Cultures, Vol. 3, Fasc. 3, 2018, pp. 125-138;

Estlund C., *What should we do after work: automation and employment*, Yale Law Journal, Vol. 128, Fasc. 2, 2018, pp. 254-327;

EU Commission, *Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Centrale Bank, the European and Social Committee, the Committee of the Regions and the European Investment Bank 2020 European Semester: Country-specific recommendations*, 2020b, pp. 1-19, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52020DC0500;

EU Commission, *Rappresentanti dei lavoratori 4.0 - Il Manuale*, Progetto SUNI - Smart Unions for New Industry, 2019, pp. 1-29, http://www.bollettinoadapt.it/rappresentanti-dei-lavoratori-4-0-il-manuale/;

EU Commission, *Telework in the EU before and after the COVID-19: where we were, where we head to*, Science for Policy Briefs, 2020a, pp. 1-8, https://ec.europa.eu/jrc/sites/default/files/jrc120945_policy_brief_-_covid_and_telework_final.pdf;

EU Parliament, *The impact of teleworking and digital work on workers and society - Special focus on surveillance and monitoring, as well as on mental health of workers*, Study requested by the EMPL committee, Luxembourg, 2021, pp. 1-174, https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/662904/IPOL_STU(2021)662904_EN.pdf;

Eurofound and Cedefop, *Innovation in EU companies: do workplace practices matter?*, European Company Survey 2019 series, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2021, pp. 1-28, https://www.eurofound.europa.eu/lt/publications/policy-brief/2021/fostering-innovation-in-european-companies-role-of-workplace-practices;

Eurofound and ILO, *Working anytime, anywhere: The effects on the world of work*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, and the International Labour Office, Geneva, 2017, pp. 1-80, https://www.eurofound.europa.eu/publications/report/2017/working-anytime-anywhere-the-effects-on-the-world-of-work;

Eurofound, *COVID-19 could permanently change teleworking in Europe*, Luxembourg, 2020d, https://www.eurofound.europa.eu/news/news-articles/covid-19-could-permanently-change-teleworking-in-europe;

Eurofound, *COVID-19: Implications for employment and working life*, COVID-19 series, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2021, pp. 1-86, https://www.eurofound.europa.eu/publications/report/2021/covid-19-implications-for-employment-and-working-life;

Eurofound, *Employee monitoring and surveillance: the challenges of digitalisation*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2020b, pp. 1-56, https://www.eurofound.europa.eu/publications/report/2020/employee-monitoring-and-surveillance-the-challenges-of-digitalisation;

Eurofound, *Employment and working conditions of selected types of platform work*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2018, pp. 1-86, https://www.eurofound.europa.eu/publications/report/2018/employment-and-working-conditions-of-selected-types-of-platform-work;

Eurofound, *Game changing technologies: Exploring the impact on production processes and work*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2018b, https://www.eurofound.europa.eu/publications/report/2018/game-changing-technologies-in-european-manufacturing;

Eurofound, *Living, working and COVID-19 (Update April 2021): Mental health and trust decline across EU as pandemic enters another year*, 2021a, pp. 1-21, https://

www.eurofound.europa.eu/publications/report/2021/living-working-and-covid-19-update-april-2021-mental-health-and-trust-decline-across-eu-as-pandemic;

Eurofound, *Living, working and COVID-19,* COVID-19 series, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2020c, pp. 1-80, https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_publication/field_ef_document/ef20059en.pdf;

Eurofound, *New tasks in old jobs: Drivers of change and implications for job quality*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2018a, pp. 1-28, https://www.eurofound.europa.eu/publications/report/2018/new-tasks-in-old-jobs-drivers-of-change-and-implications-for-job-quality;

Eurofound, *Platform work: types and implications for work and employment - Literature review*, 2018, pp. 1-132, https://www.eurofound.europa.eu/data/platform-economy/records/platform-work-types-and-implications-for-work-and-employment-literature-review;

Eurofound, *Sixth European Working Conditions Survey: 2015 – Overview report,* Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2017, pp. 1-164, https://www.eurofound.europa.eu/surveys/european-working-conditions-surveys/sixth-european-working-conditions-survey-2015;

Eurofound, *Tackling labour shortages in EU Member States*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2021, pp. 1-82, https://www.eurofound.europa.eu/publications/report/2021/tackling-labour-shortages-in-eu-member-states;

Eurofound, *Telework and ICT-based mobile work: Flexible working in the digital age*, New forms of employment series, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2020a, pp. 1-66, https://www.eurofound.europa.eu/publications/report/2020/telework-and-ict-based-mobile-work-flexible-working-in-the-digital-age;

Eurofound, *The future of manufacturing in Europe*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2019, pp. 1-80, https://www.eurofound.europa.eu/publications/report/2019/the-future-of-manufacturing-in-europe;

European Agency for Safety and Health at Work, *OSH and the future of work: benefits and risks of artificial intelligence tools in workplaces*, 2019, pp. 1-18, https://osha.europa.eu/en/publications/osh-and-future-work-benefits-and-risks-artificial-intelligence-tools-workplaces/view;

European Trade Union Confederation, *COVID-19 watch ETUC briefing on new technologies allowing more surveillance at work*, 2020, pp. 1-6, https://www.etuc.org/sites/default/files/publication/file/2020-10/20200930_covid-19%20Briefing%20on%20survelliance%20technologies%20%28002%29.pdf;

Eurostat, *Employment - annual statistics*, 2020, https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Employment_-_annual_statistics#Remote_work_significantly_up_in_2020;

Eurostat, *How usual is it to work from home?*, May 17, 2021, https://ec.europa.eu/eurostat/web/products-eurostat-news/-/edn-20210517-2;

Fana M., Tolan S., Torrejón S., Urzi Brancati C., Fernández-Macías E., *The COVID confinement measures and EU labour markets*, EUR 30190 EN, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2020, pp. 1-32, https://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/handle/JRC120578;

Fondazione Tarantelli, *Lavoro e piattaforme digitali: un approccio multidisciplinare*, Working Papers, No. 13, Roma, 2018, pp. 1-40;

Ford M., *Rise of the robots: technology and the threat of a jobless future*, New York, 2015, pp. 1-81, https://www.uc.pt/feuc/citcoimbra/Martin_Ford-Rise_of_the_Robots;

Gabrielli E., Ruffolo U., *Intelligenza artificiale e diritto, giurisprudenza italiana*, Milano, 2019, pp. 1657-1778;

Gahan P., Healy J., Nicholson D., *Technology, the digital economy and the challenge for labour market regulation*, in Howe J., Chapman A. et al. (Eds.), The evolving project of labour law: foundations, development and future research directions, Alexandria, 2017, pp. 276-291;

Gaudio G., *Algorithmic management, poteri datoriali e oneri della prova: alla ricerca della verità materiale che si cela dietro l'algoritmo*, LLI Labour & Law Issues, Vol. 6, Fasc. 2, 2020, pp. 19-71;

Gautié J., Jaehrling K., Perez C., *Neo-Taylorism in the digital age: workplace transformations in French and German retail warehouses*, Département des relations industrielles, Université Laval, RI/IR, 75-4, 2020, pp. 774-795;

Gay D. S., Kagan A. M., *Big data and employment law: what employers and their legal counsel need to know*, ABA Journal of Labor & Employment Law, Vol. 33, Fasc. 2, Chicago, 2018, pp. 191-209;

Gifford C., *COVID-19 raises questions about employee surveillance technology*, European CEO, 2020, https://www.europeanceo.com/home/featured/COVID-19-raises-questions-about-employee-surveillance-technology/;

Goldfarb A., Tucker C., *Digital Economics*, Journal of Economic Literature, 2019, Vol. 57, Fasc. 1, 2019, pp. 3-43, https://pubs.aeaweb.org/doi/pdf/10.1257/jel.20171452;

Graz J.-C., *The power of standards - Hybrid authority and the globalisation of services*, Cambridge, 2019, pp. 1-258;

Halonen T., Liukkunen U. (Eds.), *International Labour Organization and Global Social Governance*, Helsinki, 2020, pp. 1-151, https://doi.org/10.1007/978-3-030-55400-2;

Hendrickx, F., *European labour law and the Millennium shift: from post to (social) pillar*, in Hendrickx F., De Stefano V. (Eds.), *Game changers in labour law: shaping the future of work*, The Netherlands, 2018, pp. 49-62;

Hendrickx F., *From digits to robots: the privacy-autonomy nexus in new labor law machinery*, Comparative Labor Law & Policy Journal, No. 40, 2019, pp. 365-388;

Hendrickx, F., *Regulating new ways of working: from the new 'wow' to the new 'how'*, *European* Labour Law Journal, Vol. *9*, Fasc. 2., 2018, pp. 195-205;

Hinojosa C., Potau X., *Advanced industrial robotics: Taking human-robot collaboration to the next level*, Eurofound and EU Commission Working Paper, 2017, pp. 1-37, http://www.metalonia.com/w/documents/wpfomeef18003.pdf;

Ichino P., *Le conseguenze dell'innovazione tecnologica sul diritto del lavoro*, Rivista Italiana di Diritto del Lavoro, No. 4, 2017, pp. 525-563;

ILO, *A policy framework for tackling the economic and social impact of the COVID-19 crisis*, ILO Policy brief, Geneva, 2020a, pp. 1-17, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/documents/briefingnote/wcms_745337.pdf;

ILO, *From potential to practice: preliminary findings on the numbers of workers working from home during the COVID-19 pandemic*, ILO Policy brief, Geneva, 2021a, pp. 1-16, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/briefingnote/wcms_777896.pdf;

ILO, *ILO centenary declaration for the future of work*, Geneva, 2019, pp. 1-14, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@relconf/documents/meetingdocument/wcms_711674.pdf;

ILO, *Teleworking arrangements during the COVID-19 crisis and beyond*, Paper prepared for the 2nd Employment Working Group Meeting under the 2021 Italian Presidency of the G20 International Labour Organization (ILO), Geneva, 2021c, pp. 1-16, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---ddg_p/documents/publication/wcms_791858.pdf;

ILO, *Teleworking during the COVID-19 pandemic and beyond. A practical guide,* Geneva, 2020b, pp. 1-47, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/instructionalmaterial/wcms_751232.pdf;

ILO, *The future of work in the digital economy*, Geneva, 2020, pp. 1-33, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---cabinet/documents/publication/wcms_771117.pdf;

ILO, *World employment and social outlook - The role of digital labour platforms in transforming the world of work*, Geneva, 2021, pp. 1-285, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_771749.pdf;

ILO, *World employment and social outlook: trends 2021*, Geneva, 2021b, pp. 1-164, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_795453.pdf;

Ivanova M., Bronowicka J., Kocher E., Degner E., *The app as a boss? Control and autonomy in application-based management*, Frankfurt, 2018, pp. 1-28, https://cihr.eu/wp-content/uploads/2015/07/The-App-as-the-Boss.pdf;

Katsabian T., *It's the end of working time as we know it: new challenges to the concept of working time in the digital reality*, McGill Law Journal, Vol. 65, Fasc. 3, 2020, pp. 379-420;

Kéfer F., *The Right to Disconnect. A Response to One of the Challenges Raised by the Digital Transition? European and Belgian perspectives*, 2021, http://hdl.handle.net/2268/259740;

Lai M., *Innovazione tecnologica e riposo minimo giornaliero,* Diritto delle Relazioni Industriali, No. 3, Milano, 2020, pp. 662-681;

Lettieri N., Donà S., *Critical data studies e tecno-regolazione. Paradigmi emergenti di ricerca e tutela nell'era del lavoro data-driven*, Diritti Fondamentali, No. 2, 2020, pp. 1007-1044, http://dirittifondamentali.it/wp-content/uploads/2020/09/Fascicolo-2-2020.pdf;

Liukkunen U., *The ILO and transformation of labour law*, in Halonen T., Liukkunen U. (Eds.), International Labour Organization and Global Social Governance, Switzerland, 2021, pp. 17-49,

https://link.springer.com/content/pdf/10.1007%2F978-3-030-55400-2.pdf;

Marinelli F., *Pandemia e mercato del lavoro nella prospettiva internazionale: il vero antidoto è la tecnologia*, Lavoro Diritti Europa, No. 3, 2020, pp. 1-10;

McEwan I., *Digital transformation, la chiave di volta*, in Bacci A., Frieri F. R., Spartaco S. (a cura di), Trasformazione digitale & smart working nella pubblica amministrazione, Santarcangelo di Romagna (RN), 2021, pp. 31-43;

McGaughey E., *Will robots automate your job away? Full employment, basic income, and democracy*, Industrial Law Journal (forthcoming), Cambridge, 2021;

McKee D., Makela F., Scassa T. (Eds.), in collaboration with Tremblay-Huet S., *Law and the "Sharing Economy" - Regulating online market platforms*, Ottawa, 2018, pp. 1-246;

McKinsey Global Institute, *The future of work after COVID-19*, 2021, pp. 1-152;

McParland C., Connolly R., *Dataveillance in the Workplace: Managing the Impact of Innovation*, Business Systems Research Journal, No. 11, 2020, pp. 106-124, https://www.researchgate.net/publication/340799980_Dataveillance_in_the_Workplace_Managing_the_Impact_of_Innovation;

Moore P. V., *Watching the watchers: surveillance at work and notes for trade unionists*, International Journal of Labour Research, Vol. 9, Fasc. 1–2, 2019, pp. 103-122, https://labordoc.ilo.org/discovery/delivery/41ILO_INST:41ILO_V2/1271439800002676?lang=en&viewerServiceCode=AlmaViewer;

Muro M., Liu S., Whiton J., Kulkarni S., *Digitalization and the American workforce*, 2017, pp. 1-60, https://www.brookings.edu/wp-content/uploads/2017/11/mpp_2017nov15_digitalization_full_report.pdf

Nedelkoska, L. and Quintini G., *Automation, skills use and training*, OECD Social, Employment and Migration Working Papers, No. 202, Paris, 2018, pp. 1-125, https://doi.org/10.1787/2e2f4eea-en;

OECD, *Policy responses to new forms of work*, Paris, 2019, pp. 1-100, https://www.oecd-ilibrary.org/social-issues-migration-health/policy-responses-to-new-forms-of-work_0763f1b7-en;

Organize, *Amazon: What's it like where you work?*, 2018, pp. 1-14, https://static1.squarespace.com/static/5a3af3e22aeba594ad56d8cb/t/5ad098b3562fa7b8c90d5e1b/1523620020369/Amazon+Warehouse+Staff+Survey+Results.pdf;

Pastuh D., Geppert M., *A "Circuits of Power"- based perspective on algorithmic management and labour in the Gig Economy*, Industrielle Beziehungen, No. 2, 2020, pp. 179-204;

Perulli A., Treu T. (Eds.), *The future of work - Labour law and labour market regulation in the digital era*, The Netherlands, 2021, pp. 1-327;

Petit N., *Big tech and the digital economy: the moligopoly scenario*, Oxford, 2020, pp. 1-297;

Pilaar J., *Assessing the Gig Economy in comparative perspective: how platform work challenges the French and American legal orders*, Journal of Law and Policy, Vol. 27, Fasc. 1, 2018, pp. 47-93;

Pizzoferrato A., *Platforms, unions and workers: is collective bargaining possible?*, in Perulli A., Treu T. (Eds.), The future of work - Labour law and labour market regulation in the digital era, The Netherlands, 2021, pp. 237-249;

Ponzellini A. M., *Tecnologie, fine della presenza e dilemmi del controllo nei nuovi pattern spazio-temporali del lavoro*, Il Mulino, No. 1, Bologna, 2020, pp. 89-108;

Potocka-Sionek N., Aloisi A., *'Festina Lente': the ILO and EU agendas on the digital transformation of work*, International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations, Vol. 37, Fasc. 1, 2021, pp. 1-30, https://ssrn.com/abstract=3694754;

Prassl J., *Humans as a service: the promise and perils of work in the Gig Economy*, Oxford, 2018, pp. 1-208;

Prassl J., *Una voce collettiva nell'economia delle piattaforme: problematiche, opportunità, soluzioni*, Rapporto per la Confederazione Europea dei Sindacati (CES), 2018, pp. 1-38;

Reuters Institute, *Digital News Report 2018*, 2018, pp. 1-144, https://s3-eu-west-1.amazonaws.com/media.digitalnewsreport.org/wp-content/uploads/2018/06/digital-news-report-2018.pdf

Riccobono A., Bologna S., *"A cosa stai pensando?". Libertà di pensiero e diritto del lavoro ai tempi dei social network*, Variazioni su Temi di Diritto del Lavoro, No. 3, 2020, pp. 819-847;

Rossini M., Cifone F. D., Kassem B., Costa F., Portioli-Staudacher A., *Being lean: how to shape digital transformation in the manufacturing sector*, Journal of Manufacturing Technology Management, Vol. 32, Fasc. 9, Bingley, 2021, pp. 239-259, https://www.emerald.com/insight/content/doi/10.1108/JMTM-12-2020-0467/full/pdf?title=being-lean-how-to-shape-digital-transformation-in-the-manufacturing-sector;

Silva R., De Oliveira J.C., Giraldi G.A., *Introduction to Augmented Reality*, National Laboratory for Scientific Computization, Brazil, 2003, pp. 1-11, https://www.lncc.br/~jauvane/papers/RelatorioTecnicoLNCC-2503.pdf;

Schwab K., *The fourth industrial revolution,* World Economic Forum, Geneva, 2016, pp. 1-184;

Smids J., Nyholm S., Berkers H., *Robots in the workplace: a threat to - or opportunity for - meaningful work?*, Philosophy & Technology, No. 33, 2020, pp. 503-522;

Stone P. et al., *Artificial intelligence and life in 2030 - One hundred year study on Artificial Intelligence – Report of the 2015 study panel*, Stanford, 2016, pp. 1-52, https://ai100.stanford.edu/sites/g/files/sbiybj9861/f/ai100report10032016fnl_singles.pdf;

Todolí Signes A., *En cumplimiento de la primera Ley de la robótica: análisis de los riesgos laborales asociados a un algoritmo/inteligencia artificial dirigiendo el trabajo*, LLI Labour & Law Issues, Vol. 5, Fasc. 2, 2019, pp. 1-38;

Toffler A., *The third wave*, New York, 1980, pp. 1-544;

Touring A., *Le nuove tecnologie e l'impatto sul lavoro*, in Bacci A., Frieri F. R., Spartaco S. (a cura di), Trasformazione digitale & smart working nella pubblica amministrazione, Santarcangelo di Romagna (RN), 2021, pp. 109-125;

Troisi A., *Potere informatico del datore di lavoro e controllo sui lavoratori, cinquant'anni dopo*, Diritti Fondamentali, No, 2, 2020, pp. 1411-1438;

Van Barneveld J., Jansson T., *Additive manufacturing: A layered revolution*, Eurofound and EU Commission Working Paper, 2017, pp. 1-33, https://euagenda.eu/upload/publications/untitled-150334-ea.pdf;

Werbach K. (Ed.), *After the digital tornado - Networks, algorithms, humanity*, Cambridge, 2020, pp. 1-239;

World Economic Forum, *The Future of Jobs Report*, Geneva, 2018, pp. 1-147, http://www3.weforum.org/docs/WEF_Future_of_Jobs_2018.pdf;

Zilli A., *Il lavoro su piattaforma*, in Carinci F., Pizzoferrato A. (a cura di), *Diritto del lavoro dell'Unione Europea*, Torino, 2021, pp. 313-322;

Zucaro R., *Il diritto alla disconnessione tra interesse collettivo e individuale. Possibili profili di tutela*, LLI Labour & Law Issues, Vol. 5, Fasc. 2, 2019, pp. 214-233.

TRANSFORMATION OF WORK: CHALLENGES TO LABOUR LAW

SERGIO TORRES TEIXEIRA

Judge of the Regional Labor Court of the 6th Region (Pernambuco). Ph.D. in law from the Federal University of Pernambuco (Recife, Brazil). Professor of Law at the Federal University of Pernambuco and the Catholic University of Pernambuco. Professor, scientific coordinator, and Director of the Superior School of Labor Magistracy. Member of the National Academy of Labor Law and the Pernambucan Academy of Labor Law.

SUMMARY: 1. Introduction and Contextualization. 2. Disruptions in Labour Relations and the Transformation of Work in Multiple Dimensions. 3. The Emergence of Novel Forms of Labour and the Evolution (or Regression) of Employment. 4. New Technologies and Impacts on Labour Beyond Individual Contractual Relations. 5. Labour Law 4.0? Present-Day Challenges and Perspectives on the Future of Regulating Labour Relations. References

1. INTRODUCTION AND CONTEXTUALIZATION

Though change is inevitable in any human activity, and each and every single one of us deals with transformations from the instant we are born, it still is astonishing and downright mind-boggling the way our lives have gone through a metamorphosis in the last two decades.

Anyone over thirty still remembers writing letters with pen and paper, something Jurrasic to the younger members of the Z Generation, who now even think of e-mails as something of the past, overridden by new forms of communication through short texts in what usually appears to be a strange language to any "real" adult, overlapped by intense videos on their modern apps and digital platforms. The members of the X and Y Generations, born before 1980 and 1995, respectfully, certainly still remember using a roll of film on a manual camera to take photos and, after watching a movie at home, rewinding the videotape before returning it to the rental store (now that probably sounds Triassic to our younger students of Law!). With everything now online and reachable with a few "clicks" or voice commands on a smartphone, it seems to be a world primed for the young.

In this modern-day context, it isn´t hard to feel simultaneously overwhelmed ... and with a dash of melancholy. Or even outright terrified with all of these mutations within our once "normal" lives.

And if we are overwhelmed at home, imagine in the workplace ...

The same disruption processes we have been facing in our private lives, we have been witnessing in all dimensions of labour relations. Few of us that

remain in the same profession can say that they carry out their jobs today in the very exact manner they executed their craft ten or twenty years ago. Be it the artistry of manual, technical or intellectual labour, there has been a significant change in what and how things are done. Constructing a house, caring for a garden, repairing a car, lecturing a class, writing a book. From the start of the preparation process to the end, going through all phases of the development of the respective project, the art of the worker has been altered in some way, as has the multiple relations that arise from his labour.

Most workers have been severely affected by the technological advances of the past few years, for better or for worse. Some took advantage of new opportunities, such as the creation of new jobs. Others were struck down by the so-called "evolution" of their trade, forced into unemployment and obliged to face a very, very cruel market, unappreciative of their skills now undervalued.

Before discussing the "adapt or die" mantra, it is important to pursue a scientific evaluation of the present status of the immediate and mediate impacts stemming from transformations within the multiple dimensions of labour relations and the challenge these changes represent to workers and employees, as well as to the realm of Labour Law.

The present report is the result of the scientific exploration and analysis of current literature and academic projects on this subject by the Research Group ***TRANSFORMATION OF WORK: CHALLENGES TO LABOUR LAW***, constituted by the directors of the **International Society of Labour and Social Security Law – ISLSSL** for presentation the Lima World Congress 2021, in Peru.

The results of the study have been divided into four basic parts, starting with the disruptions and transformations that have occurred and continue to develop in all of the degrees of labour relations, passing through the appearance of new models of employment and the repercussions of new technologies throughout the workplace, concluding with a critical examination of the challenges these changes represent to Labour Law today and tomorrow.

How are these disruptive processes modifying the employee/employer relation? Should the introduction of technological innovations in the workplace be considered a threat to all workers? What are the inevitable confrontations that our society must face to adjust labour regulations to these new elements?

Is Labour Law itself facing a threatening crossroads? These are a few of the questions that this report will attempt to answer in light of the material that was available during the research.

A tough task. But those are also always the most rewarding.

On to the mission.

2. DISRUPTIONS IN LABOUR RELATIONS AND THE TRANSFORMATION OF WORK IN MULTIPLE DIMENSIONS

Even the most skilled artisan craftswoman or handicraftsman, from a nuclear engineer to a brain surgeon, though their professions require the utmost creativity and a special touch only (at least for the present time) a human being can offer, have felt the impacts of disruption processes in their line of work.

The world we live in is in constant motion. Not only because of the earth´s incessant rotation on its axis due to the necessity to conserve its angular momentum, but also because of continuous human innovation that moves what and how we do whatever we do. The appearance of mobile phones and the world wide web is just the tip of the iceberg in terms of how all of us over the age of thirty have gone through such a whirlwind of changes in our daily routine, at home or work. The introduction and expansion of artificial intelligence – AI and other technical inventions such as global positioning systems (GPS), nanotechnology, fibertronics and robotics, have affected the countless lines of work and what each employee represents to their employer.

All of us have been affected to some extent, from young law students to elder lawyers and judges, as described by Georgenor de Sousa Franco Filho, former president of the Brazilian Academy of Labour Law. (FRANCO FILHO: 2021)

In October of 1996, when the first ripples of the upcoming tsunami of technological disruption were being felt, an article was published in the most traditional periodical in Labour Law in Brazil, the "Revista LTr", examining the repercussions of technological innovations on the structural elements of the classic employment contract. Emphasizing the appearance of a new model of labour relation, the paper examined among other aspects how new technologies were transforming the employer´s manner of exercising the directive powers and conducting the method of operations developed by the employee, the text shared a glimpse of what was to come. (TEIXEIRA: 1995)

But looking back through the past 25 years, it is fair to say the article was right on the point in terms of the transformation of structural elements such as the form of subordination that can be seen in the employee/employer relation, surging new patterns of servitude such as structural subjection and, more recently, algorithmic subordination. (CHAVES JÚNIOR, OLIVEIRA & OLIVEIRA NETO: 2021).

Though right on the mark in terms of its object, the article did not analyze impacts beyond the internal constitution of the classic contractual relation. And a quarter of a century after its publication, the academics of Labor Labour can easily point out that, beyond the link between employer and employee, there have been even greater impacts provoked by technical innovations on labour relations as a whole.

New technologies have changed our society, the economy and the manner through which labour is executed and valued. There is no ignoring the fact that Labour Law has been brought to face this new digital era, as claimed by Professor Nelson Mannrich, former president of the Brazilian Academy of Labour Law. (MANNRICH: 2021)

Breakthrough novelties not only generate new forms of production for business enterprises, firms and companies of all sorts, but also create pioneering paths through which traditional tasks are supplanted, rearranged, commuted or simply eliminated. If yesterday an assignment required a series of acts, with a novel formula of operation created today by groundbreaking exploration, the endeavour will most probably have to be reassessed and revalued. (GUIMARÃES: 2021)

This review and reevaluation, however, should not in any sense lead to modifications that are prejudicial to the worker, instigating the regress of labour conditions and stimulating the emergence of indecent working conditions.

The Organization of the United Nations, through the resolution approved by the General Assembly on September 25, 2015, established the Project entitled **Transforming Our World: the 2030 Agenda for Sustainable Development** (https://sdgs.un.org/2030agenda). By establishing 17 development goals to stimulate áreas of critical importance for humanity and the planet Earth, the organization vowed to take bold and transformative steps to end poverty, with the specific promise to leave no one behind. The 8th Goal is directed specifically to Decent Work and Economic Growth, having the following constitution:

Goal 8: Promote sustained, inclusive and sustainable economic growth, full and productive employment and decent work for all.

- 8.1 Sustain per capita economic growth in accordance with national circumstances and, in particular, at least 7 per cent gross domestic product growth per annum in the least developed countries
- 8.2 Achieve higher levels of economic productivity through diversification, technological upgrading and innovation, including through a focus on high-value added and labour-intensive sectors
- 8.3 Promote development-oriented policies that support productive activities, decent job creation, entrepreneurship, creativity and innovation, and encourage the formalization and growth of micro-, small- and medium-sized enterprises, including through access to financial services
- 8.4 Improve progressively, through 2030, global resource efficiency in consumption and production and endeavour to decouple economic growth from environmental degradation, in accordance with the 10-Year Framework of Programmes on Sustainable Consumption and Production, with developed countries taking the lead
- 8.5 By 2030, achieve full and productive employment and decent work for all women and men, including for young people and persons with disabilities, and equal pay for work of equal value
- 8.6 By 2020, substantially reduce the proportion of youth not in employment, education or training A/RES/70/1 Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development 20/35
- 8.7 Take immediate and effective measures to eradicate forced labour, end modern slavery and human trafficking and secure the prohibition and elimination of the worst forms of child labour, including recruitment and use of child soldiers, and by 2025 end child labour in all its forms
- 8.8 Protect labour rights and promote safe and secure working environments for all workers, including migrant workers, in particular women migrants, and those in precarious employment
- 8.9 By 2030, devise and implement policies to promote sustainable tourism that creates jobs and promotes local culture and products
- 8.10 Strengthen the capacity of domestic financial institutions to encourage and expand access to banking, insurance and financial services for all

At the same time, item 8.2 of the 8th Goal guarantees "economical productivity, through diversification, technological upgrading and innovation", item 8.3 secures "decent job creation" and item 8.5 promises "full and productive employment and decent work for all women and men". Besides assuring equal rights and incentives for young people and persons with disabilities, the protection of labour rights and the promotion of a safe and secure working environment for all workers is emphasized in item 8.8.

Joselita Nepomuceno Borba, in a paper presented in the VIII Iberoamerican and European Congress of Labour and Social Security Law, (BORBA: 2020), outlined the need to reconstruct Labour Labour through the notion of decent work, emphasizing the terms of Recommendation 205 of the International Labor Organization, through which were established in 2017 the main directives for Employment and Decent Work for Peace and Resiliency. In another paper published a year later, Professor Borba, as a member of the Brazilian Academy of Labour Law, describes the perspectives of decent work in a Modern or Post-Social State in which the future debate will be about a universal basic income guaranteed to all of its citizens, where the most elevated values of solidarity, citizenship and ethics must prevail. (BORBA: 2021). Marco Antônio César Villatore, another member of the Brazilian Academy of Labour law, along with fellow researcher Dinaura Godinho Pimentel Gomes, also explores the topic with similar considerations about decent work as the mainframe in a democratic society. (VILLATORE & GOMES: 2019). In another interesting article, Professor Villatore defends, through the perspective of the Digital Revolution, the necessary rescue of our capacity of indignation in front of capitalism. (VILLATORE & DUTRA: 2020)

With these guidelines, it becomes clear that, as change is inevitable, it should be dealt with in a manner that does not implicate the regression of labour conditions. Decent work is a basic guarantee to all workers and an objective of society, and innovations should not be an excuse to worsen the working environment conditions. The 2030 Agenda defends exactly the contrary: new technologies should be implemented to improve labour conditions, promote decent work and bring benefits to everyone.

Utopia? Wishful thinking?

No, just a good plan for a good purpose. Time will tell if our society is up for the challenge.

3. THE EMERGENCE OF NOVEL FORMS OF LABOUR AND THE EVOLUTION (OR REGRESSION) OF EMPLOYMENT

The world is in the midst of a Digital Revolution or Revolution 4.0, as has been anointed this continuous series of disruption processes that are affecting so bluntly labour relations. (CARELLI, CAVALCANTI & MUNIZ: 2020) (MOREIRA: 2020)

And this technical insurgence has originated many new forms of activities for all sorts of work. From "riders" that deliver anything from lunch to groceries, to members of crowdsourcing that seem to weave together in casual fashion, the emergence of novel professions is an unequivocal fact. (CARELLI, OLIVEIRA & GRILLO: 2021) (AMADO & MOREIRA: 2021).

As certain as the fact that new jobs will appear from new technologies in the workplace, others will be abolished because of their obsoleteness. And not all of the employees who lost their job because of these innovations are being absorbed by newly created posts in the office or the field. Many are being forced into involuntary unemployment and others will have no choice but to accept precarious positions with little or no protection in the light of labour regulations.

After losing their jobs, as shown by Professor André Jobim de Azevedo, another member of the Brazilian Academy of Labour Law, some workers have to face a series of new obstacles, which include discriminatory criteria when trying to get hired again, processed through the use of artificial intelligence and Big Data, instruments created during this Digital Revolution. Though intolerable, pre-contractual discrimination is a reality to many, considered dysfunctional and out-of-date because of technical innovations. (AZEVEDO: 2020)

From the rise of intermittent work and the prioritizing of outsourcing, it is clear that the major goal for most enterprises has been maintaining or improving levels of quality and profits through the decentralization of production processes with the reduction of full-scale employment and all of the legal responsibilities that stem from that form of labour. Even better, in that line of thinking, when the work can be done by people who have little or no legal ties to the company, individually or by collective formulas such as crowdsourcing.

Naturally, the decline of the number of full-time jobs in one enterprise is shadowed by the expansion of these precarious posts outside (or by the side) of the respective company. But is trading a full-timer and integrated member of staff for freelancers, part-time, temporary or casual workers, as you replace a screw or bolt in an engine, actually worth it for the business, the workers and society in general?

This quantitive decrease could be acceptable, if the new positions maintained the same level of quality and provided a decent labour environment, with full and complete dignity to the worker, including some sort of protection assured by labour regulations.

The problem is that in most places, from nation members of the "Big Eight" in economic production to underdeveloped countries worldwide, that sort of minimal protection is beyond utopia, if not a total myth. (MELO: 2020)

What the past few years have shown through crystal clear lenses, unfortunately, is that the transformation of work through technical innovations have provided better conditions for a reduced number of privileged individuals and a large number of enterprises, but has resulted in the increased precarious trends within working environments, generating the degradation of labour conditions in general and an intense state of susceptibility to workers who are not fortunate enough to secure full-time employment.

This situation has been even further impacted by the COVID19 Pandemic, as well described by such researchers as Carolina Tupinamba, professor at the State University of Rio de Janeiro and coordinator of a series of five publications with dozens of articles by various authors on novelties derived from da pandemic. (TUPINAMBÁ: 2020).

Maria Rosaria Barbato, an Italian Professor with wide contributions to the study of Labour Law in the Federal University of Minas Gerais (Brazil), has also undergone extensive research of the repercussions of the pandemic in Brazil, presenting important findings on how the crises further complicated those workers already affected by the Digital Revolution. (BARBATO: 2021)

Also contributing with an important article on the subject, Alexandre de Souza Agra Belmonte, present president of the Brazilian Academy of labour Law, along with Werner Keller. (BELMONTE & KELLER: 2020)

Through the eye of ILOSTAT (https://ilostat.ilo.org/), the database system of labour statistics organized by the International Labor Organization – ILO with more than 100 million data points, the deterioration can be easily visualized in multiple charts and graphs with information from countries members of the United Nations Organization. From wages to occupational safety, there is no way to fight the numbers when confronted by the confirmation that workers that, instead of being blessed with steady and staff integrated jobs, turn to casual and intermittent work without direct ties to those enterprises that benefit from their endeavour are most likely than not paid less and are more prone to suffer accidents in the working environment.

This debility can be seen not only in the analysis of the status quo of individual (ex)employees, but also manifests itself through the growing feebleness of collective action in labour relations. Decades ago, Amauri Mascaro Nascimento, one of the pioneers in the scientific analysis of labour relations in Brazil, was practically a modern-day Nostradamus when pointing out the future of collective bargaining in a high tech world. (NASCIMENTO: 2000).

Fernando Fita Ortega and José María Goerlich Peset, professors at the University of Valencia, in Spain, while examining the challenges of contemporary labour syndicates when facing the present-day economic crisis and the transformation of the production model through globalization, decentralization and digitalization, are blunt and direct when concluding that new forms of work in the so-called Gig Economy trend towards a disenchantment towards collective interests, naturally weakening the positions of labour unions. (ORTEGA & PESET, 2018)

Exactly in that direction, analyzing multiple dimensions of the precariousness within labour relations and the consequent exclusion of basic rights found in federal laws and regulations, Guilherme Guimarães Feliciano, Ana Paula Silva Campos Miskulin and Olívia de Quintana Figueiredo Pasqualeto, exhibit a series of texts produced by researchers affiliated to the Center of Extension and Research in Labour Law (Núcelo de Pesquisa e Extensão de Direito do Trabalho - NTADT) coordinated by Professor Feliciano at the traditional Law School of the University of São Paulo, in Brazil. (FELICIANO & MISKULIN, 2019) (FELICIANO & PASQUELATO, 2019).

In a similar view, arising from the city of Recife, Brazil, a research group lead by Everaldo Gaspar Lopes de Andrade, member of the Brazilian Academy of Labour Law, and Hugo Calvalcanti Melo Filho, current president of the Academy of Labour Law in Pernambuco, have produced publications on the deconstruction of labour legislation through the theory of encryption of Power. (MELO FILHO & ANDRADE: 2021)

The Digital Revolution, though undoubtedly positive and many aspects, also has a downside that must be recognized.

4. NEW TECHNOLOGIES AND IMPACTS ON LABOUR BEYOND INDIVIDUAL CONTRACTUAL RELATIONS

The transformation generated by ultra-modern and state-of-art innovation goes above and beyond the individual relations between an employer and an employee. The tasks an employee undertakes and the way the chain of subordination is manifested with the realm of the contract between both parties may certainly have been modified in face of cutting-edge technology. But the impacts of innovatory settings also moves us to unprecedented conditions which require the use of a moral compass to navigate through uncharted waters.

This Digital Revolution is definitely groundbreaking. Especially in the workplace, where it continuously stirs the pot and brings up ethical dilemmas for employers in general, considering the reduction and eventual elimination of work positions within the respective corporations. (KROST & GOLDSCHMIDT, 2021) (PAMPLINA FILHO & FERNANDEZ: 2018)

Is it scrupulous for employers to simply substitute employees by acquiring and implanting new technologies in the business place, going blameless as to whatever happens to the former worker? Is it irreproachable to barter traditional full-time positions for otherwise precarious posts with no direct legal ties to the company to provide a protective shield against labour laws? Production efficiency at all costs is righteous and respectable? Can the employer dodge the bullet and go unimpeachable in this equation?

The ethical implications are evident.

Studies such as the ones developed by young academics such as André Gonçalves Zipeperer and Francisco de Assis Barbosa Júnior, focusing on the many perspectives of the Gig Economy and Labour through Digital Platforms are essential to understanding the significance of these questions. (ZIPEPERER: 2019) (BARBOSA JUNIOR: 2019)

Carrying out any business generates responsibilities that transcend the structural lines of the enterprise and goes beyond common or statutory law. There is a social burden and a natural community obligation that is imperative to all. It is what makes our society. And that role cannot be ignored, be it a small start-up company or a mammoth Gig establishment.

The State also has a part in this context and must strive to guarantee the protection established in labour regulations. But intervening after damages are

materialized should not be the only path taken. Proactive measures are just as important. And one way to carry out public policies is to prepare workers for the challenges that they will face through development programs for technological literacy, encouraging education as a means to improve the capacity to adjust to the changes brought on by technical innovations.

Katia Magalhães Arruda and Mariana Ferrucci Bega, in an article entitled **Technological Literacy: challenges and democratization as a development mechanism** (ARRUDA & BEGA: 2020), correctly point out the problems with technological illiteracy and how profoundly it impacts freedom and human development, stating the need to provide this form of professional qualification in order to avoid even greater social setbacks.

The implications of that duty on labour regulations provoke workers, businesses, citizens and lawmakers alike. Because it represents a major challenge to Labour Law, the subject will be further examined in the last item of this Report.

5. LABOUR LAW 4.0? PRESENT-DAY CHALLENGES AND PERSPECTIVES ON THE FUTURE OF REGULATING LABOUR RELATIONS

The future is here. There is no waiting for tomorrow.

Ney Maranhão and Thiago Amaral Costa Savino present a very interesting perspective in an article entitled **Digitalization and the World of Work: report of the high-level expert group on the impact of the digital transformation on EU labour markets**, examining a report written up by the Group of High-Level Experts on the Impacto of the Digital Transformation on European Union Labour Markets, identifying four basic trends (digitalisation, globalization, increase in diversity of labour models and ageing workforce) and three great challenges provoked by the Digital Revolution: a) the promotion of labour inclusion, as to not marginalize any workers; b) the creation of quality jobs and assurance of a healthy work environment; e c) the development of professional abilities through educational courses that will help guarantee employability. (MARANHÃO & SAVINO: 2019)

Inclusion through decent work and a healthy work environment is key. Understanding that the exclusion of basic labour rights to workers of new activities such as digital platform workers is going beyond discriminatory practices, but promoting labour segregation and regression, as has been pointed out in

articles written by Gabriela Neves Delgado, Bruna Vasconcelos de Carvalho, Guilherme Guimarães Feliciano, Olívia Quintana Pasqualato, Noemia Porto and Luciana Conforti, all in a very important research project promoted by the Brazilian Association of Labour Justice Judges, ANAMATRA, on the subject of labour through digital platforms. (DELGADO & CARVALHO: 2020) (FELICIANO & PASQUALATO: 2020) (PORTO: 2020) (CONFORTI: 2020)

These challenges, all in perfect synchrony with the 8th Goal of the 2030 Agenda of the United Nations Organization, do represent objectives that each society must face through its government branches and private members, both citizens and enterprises. But before these questions, other obstacles must be confronted and surpassed.

To be quite forthright and candid, we all have to face some uncomfortable truths and assume our values as members of our society. Citizens and lawmakers alike have to make a series of very, very difficult decisions.

Two new challenges stand out when examining the present-day situation, where we find Labour Law at a crossroads.

First, a choice has to be made between reducing the scope of Labour Law, limiting its reach solely to the formal employment relationship in the classic model, and thus excluding the greater part of the labour force from the protective norms rooted in statutory regulations, or, as a second option, expand to include, aiming to provide to all workers some level of protection, in an equivalent or a different degree in comparison to that classic contract that exists between an employee and an employer, serving as an umbrella to provide a safeguard for various forms of workers, including intermittent, part-time, casual, digital platform and other variations of labour relations where a humans beings, individually or in a group, provides their endeavour in return for a wage.

It is a very objective choice between two options: exclude or include. Follow Labour Law´s protective instinct to protect not only regular, full-time staff member employees, but also the new variants of workers, assuring them basic rights inherent to the idea of decent work and a healthy environment. Or simply cut off ties with non-employees and let their relations be disciplined by other means.

This first decision must be made in a specific and clear fashion, as to leave no doubt about the political position adopted. There is no middle ground here.

This is a crossroads: include or exclude, and deal with the consequences of your option in sequence. A call that will take courage to define, but cannot give in to hesitation.

The right choice, for those keen on social responsibility, solidarity and strong ethics on the promotion of dignity within the community, is quite obvious.

Inclusion. Decent Work. Safe and Healthy Work Environment.

Basic rights for all.

The choice will promote an unrelenting, emphatic resolute to the future of Labour Law. Either embrace all forms of workers (at least within the private sector, considering that many countries maintain institutional relations between government entities and public servants on staff), or take the path towards a more exclusive ramification of the Law, dedicated to what some specialists would call a privileged but "dying breed", the classic employee.

A second decision, involving the challenge of defining what level of protection and through which type of regulation should be offered to the "non-employee" worker, is perhaps an even more complicated resolution to make. Though the first challenge stated, whether to include or exclude, is a more sensitive one in political terms, the settlement absorbing what dimension of safeguarding and shielding should be directed to each type of worker is a more strenuous and intricate task for the legislative branch and will most certainly have opinions varying according to characteristics of each culture. But because this Digital Revolution is sparking labour relations across seas and above mountains through the internet, some sort f basic guidelines should be sought out through international institutions such as the International Labour Organization.

Most will agree that the classic model of employee, as a permanent member of staff that is submitted to a legal subordination to the employer, should continue receiving the same basic security blanket that has been assured to that class of worker for decades in most countries, with the addition of new norms to assure protection from new conditions such as robotic automation and ever-present risks stemming from AI. But should that level of protection be extended to a casual or platform worker?

Here is the sensitive spot. Include ... but with all the benefits or just some specific forms of protection?

There should be no doubt then all workers, employees or not, deserve the utmost respect, conditions to fulfil their human dignity with decent work and a safe and secure work environment. As a natural consequence, they deserve protection through new structures of labour regulations that will promote some sort of equilibrium in an unbalanced relation in terms of power. (PORTO: 2021) (CONFORTI: 2021)

Though some make wave the flag against labour discrimination, most will agree that, in general, as long as decent work is assured to all, as long as there is a guaranteed safe and healthy work environment for everyone, then there is the possibility for different legal solutions for each of the many models of labour that exist today and that will arise tomorrow.

Antônio Carlos Aguiar, yet another member of the Brazilian Academy of Labour Law, has a very interesting article published on the Academy´s website (www.andt.org.br) where these possible distinctions are pointed out in a very objective fashion. (AGUIAR: 2021)

Decent work for all. Safe and healthy work environment for everyone. And an inclusive format, even with eventual differences in legal safeguards in accordance to the peculiarities of each form of work. Those are the goals that society must aim for while deciding the fate of Labour Law.

As not every legislature may have the courage to define without dubiousness the adequate choice for its people, there could be a temporary, provisional path to follow in the meantime.

Silvio Meira, one of the bright minds behind the Brazilian Silicon Valley in Recife, centred in the Porto Digital and its hundreds of start-ups and well-established tech companies, has defended an alternate route, pointing out the advantages of attempting temporary regulations in order to deal with the difficulties of the rapid and incessant changes in the high tech field. According to the respective Professor of the Computer Science Department of the Federal University of Pernambuco, it isn´t time yet to start writing up new labour legislation, but to test experimental norms to discipline contemporary labour situations that are not reached by present-day laws and then, in another five or

ten years, review those regulations and then edit definitive legislation on the topic. (MEIRA: 2021).

Could be an interesting detour if made with the consciousness of the temporality involved, enabling a more mature decision later on.

But, eventually, the paths will have to chosen.

If it is to be decided country by country or in a more collective fashion, through a supranational order as suggested by Thereza Nahas, member of the Brazilian Academy of Labour Law with research projects in both Brazil and Spain, is something that remains to be seen. (NAHAS & ORTEGA: 2020).

But there is no way to bypass these very sensitive questions.

And when the choices in the crossroads will be made, that will be the defining moment for the future of Labour Law. May we have the courage and knowledge to make a wise decision every step of the way.

REFERENCES

AGUIAR, Antônio Carlos. **O Futuro do Passado do Direito do Trabalho no Brasil.** (www.andt.org.br access on August 2nd, 2021). 2021.

AMADO, João Leal; MOREIRA, Teresa Coelho. **A Glovo, os Riders/Entregadores e o Supremo Tribunal de Espanha: another brick in the wall?** *In Revista Eletrônico do Tribunal Regional do Trabalho.* Year IX. Number 13, pages 92 to 113, May of 2021. (https://escolajudicial.trt5.jus.br/revista-eletronica access on July 5th). 2021.

AZEVEDO, André Jobim. **Direito do Trabalho e Novas Tecnologias: inteligência artificial, big data e discriminação pré-contratual.** *In Revista Fórum da Justiça do Trabalho*. Year 37. Number 442, pages 11 to 26, October of 2020. Belo Horizonte/MG (Brazil): Editora Fórum, 2020.

BARBATO, Maria Rosaria. **Provvedimenti in Materia di Lavoro Adottati in Brasile per Contrastare l'Emergenza da Covid-19: un'analisi critica.** In Il Direitto del Mercato del Lavoro. Year XXIII, January to April, 2021. Napoli (Italy): Studio Santoni, 2021.

BARBOSA JÚNIOR, Francisco de Assis. **Gig Economy e o Contrato de Emprego.** São Paulo/SP (Brazil): Editora LTr, 2019.

BELMONTE, Alexandre de Souza Agra. KELLER, Werner. **O que Podemos Esperar das Relações de Trabalho no Mundo "Pós-Pandemia".** *In Revista LTr*. Year

84, Number 12, December 2020, pages 1495 to 1506, São Paulo/SP (Brazil): Editora LTr, 2020.

BORBA, Joselita Nepomuceno. **Sistemas Social e Econômico do Estado Social ao Estado Pós-Social ou Moderno: perspectiva para um trabalho decente pós-covid-19, sob a perspectiva dos direitos humanos e observância dos elevados valores: solidariedade, cidadania e ética**. *In Atualidades e Tendências do Direito e Processo do Trabalho.* Salvador/BA (Brazil): Editora Jus Podivm, 2021.

BORBA, Joselita Nepomuceno. **Trabalho e Emprego na Reconstrução do Direito do Trabalho: recomendação 205 da OIT e covid-19.** 2020.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda Carelli; CAVALCANTI, Thiago Muniz; FONSECA, Vanessa Patriota. **O Futuro do Trabalho: efeitos da revolução digital na sociedade.** Brasília (Brazil) ESMPU, 2020.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda; OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio; GRILLO, Sayonara. **Conceito e Crítica das Plataformas Digitais de Trabalho.** *In Revista Eletrônico do Tribunal Regional do Trabalho.* Year IX. Number 13, pages 92 to 113, May of 2021. (https://escolajudicial.trt5.jus.br/revista-eletronica access on July 5th). 2021.

CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende; OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio; OLIVEIRA NETO, Raimundo Dias de. **Evidences of the Employment Relationship in the Era of Digital Platform Intermediation in the Brazilian Labour Law: cartography of independence, subordination and dependence.** (www.papers.ssrn.com access on July 15th 2021). 2021.

CONFORTI, Luciana. **"Breque dos App's": greve ambiental e direito de recusa dos entregadores por aplicativos.** *In Plataformas Digitais de Trabalho – Aspectos Materiais e Processuais.* Brasilia (Brazil): ANAMATRA, 2020.

CONFORTI, Luciana. **Challenges for Decent Work in the Digital Age: health and safety threatened by the *app***. *In Direito Fundamental ao Trabalho Digno no Século XXI – Desafios e Ressignificações para as Relações de Trabalho na Era Digital.* Volume III. São Paulo (Brazil): Editora LTr, 2021.

DELGADO, Gabriela Neves; CARVALHO, Bruna Vasconcelos de. **Sobre o Trabalho Plataformizado na Perspectiva do Direito Constitucional do Trabalho.** *In Plataformas Digitais de Trabalho – Aspectos Materiais e Processuais.* Brasilia (Brazil): ANAMATRA, 2020.

FELICIANO, Guilherme Guimarães; MISKULIN, Ana Paula Silva Campos. **Infoproletários e a Uberização do Trabalho: direito e justiça em um novo horizonte de possibilides**. São Paulo/SP (Brazil): Editora LTr, 2019.

FELICIANO, Guilherme Guimarães; PASQUELATO, Olívia de Quintana Figueiredo. **(Re)Descobrindo o Direito do Trabalho: gig economy,uberização do traba-**

lho e outras reflexões. *In Plataformas Digitais de Trabalho – Aspectos Materiais e Processuais.* Brasilia (Brazil): ANAMATRA, 2020.

FELICIANO, Guilherme Guimarães; PASQUELATO, Olívia de Quintana Figueiredo. **O Trabalho Além do Direito do Trabalho**. São Paulo/SP (Brazil): Editora LTr, 2019.

FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. **A Digitalização na Justiça do Trabalho: os desafios da veracidade - o caso brasileiro.** Paper presented in the 3rd Iberamerican Journal of Labour and Social Security Law, in the city of Mexico, 2021.

GUIMARÃES, Ricardo Pereira de Freitas. **Visão do Teletrabalho: autogerenciamento e equilíbrio.** (www.estadão.com.br access on August 3rd, 2021) 2021.

KROST, Oscar. GOLDSCHIMDT, Rodrigo. **Inteligência artificial (I.A.) e o Direito do Trabalho: possibilidades para um manejo ético e socialmente responsável.** *Revista do Tribunal Superior do Trabalho.* Year 87, Number 2, April/June 2021, São Paulo: LexMagister, 2021.

MANNRICH, Nelson. **Direito do Trabalho na Era Digital.** *In Labor 4.0: direito do trabalho e inovações tecnológicas.* São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2021.

MARANHÃO, Ney. SAVINO, Thiago Amaral Costa. **Digitalization and the World of Work: report of the high-level expert group on the impact of the digital transformation on EU labour markets.** *In Seminário Internacional de Pesquisa (Re)Pensando o Trabalho Contemproâneo: avanços e retrocessos no contexto do trabalho.* Franca/SP (Brazil): UNESP-FCHS, 2019.

MEIRA, Silvio. **Sem Paságarda, Resta o Aeroporto?** (https://silvio.meira.com/silvio/sem-pasargada-resta-o-aeroporto/, access on August 14, 2021). 2021.

MELO, Sandro Nahmias. **Eu algoritmo: a precarização do trabalho humano.** *In Revista da Academia Brasileira de Direito do Trabalho – O Direito do Trabalho Hoje: novas tendências do trabalho contemporâneo.* Year XXIII. Number 23. 2018 – 2020. São Paulo/SP (Brazil): Editora LTr, 2020.

MELO FILHO, Hugo Cavalcanti. ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. **Encrypted Constitution and Deconstruction of Labor Law in Brazil: examination of labor reforms from the critical analysis of the theory of encryption of power.** *In Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife.* Year CXXX, Volume 93, Number 1. Recife/PE (Brazil): Editora FDR/UFPE, 2021.

MOREIRA, Teresa Coelho. **Revolução 4.0**. *In Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região.* Number 56, 2020. Campinas/SP (Brazil): TRT15, 2020.

NAHAS, Thereza Cristina; ORTEGA, Fernando Fita. **La Necesidade de Uma Nueva Internacionalización, o Supranacionalidade, para assegurar la efectividad de la gobiernanza de las relaciones de trabajo.** Valencia (Spain): Universidade de Valencia, 2020.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Compêndio de Direito do Trabalho.** 2nd Edition. São Paulo/SP (Brazil): 2020.

ORTEGA, Fernando Fita; PESET, José María Goerlich. **Sindicalismo Y Acción Sindical em el Siglo XXI: crisis económica y transformación del modelo productivo.** *In Revista de Direito do Trabalho*. Volume 186, Year 44, pages 133 to 150, São Paulo/SP (Brazil): Revista dos Tribunais, 2018.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; FERNANDEZ, Leandro. **Tecnologia da Informação e as Relações de Trabalho no Brasil: o teletrabalho na lei n. 13467/17**. *In Reforma Trabalhista: novos rumos do direito do trabalho e do direito processual do trabalho.* São Paulo/SP (Brazil): Editora LTr, 2018).

PORTO, Noemia. New Work Protection Structures. *In Revista Processus de Políticas Públicas e Desenvolvimento Social.* Year III. Volume III, Number 5, January to June, 2021. Brasília (Brazil): Faculdade Processus, 2021.

PORTO, Noemia. **Novas Estruturas de Proteção ao Trabalho.** *In Plataformas Digitais de Trabalho – Aspectos Materiais e Processuais.* Brasilia (Brazil): ANAMATRA, 2020.

TEIXEIRA, Sergio Torres. **O Novo Modelo de Relação de Emprego – repercussões das inovações tecnológicas sobre os elementos estruturais do vínculo de emprego.** *In Revista LTr*. Year 60, Number 10, October 1996, pages 1309 to 1302, São Paulo/SP (Brazil): Editora LTr, 1996.

TUPINAMBÁ, Carolina. **Novidades Derivadas da Pandemia da COVID-19 e da Crise de 2020.** Belo Horizonte (Brazil): Editora Fórum, 2020.

VILLATORE, Marco Antônio César. GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. **Revolução Tecnológica e a Salvaguarda da Centralidade do Trabalho Digno no Seio de uma Sociedade Democrática: o futuro do trabalho e os 100 anos da Organização Internacional do Trabalho.** *In Revista de Direito do Trabalho*. Volume 207, November 2019, pages 235 to 259. São Paulo/SP (Brazil): Editora Revista dos Tribunais, 2019.

VILLATORE, Marco Antônio César. DUTRA, Lincoln Zub. **O Necessário Regsate da Nossa Capacidade de Indignação frente ao Capitalismo na Perspectiva da Quarta Revolução Industrial.** *In Revista de Direito do Trabalho.* Special Edition. São Paulo/SP (Brazil): Editora Revista dos Tribunais, 2020.

ZIPPERER, André Gonçalves. **A Intermediação de Trabalho Via Plataformas Digitais: repensando o direito do trabalho a partir das novas realidades do século XXI.** São Paulo/SP (Brazil): Editora LTr, 2019

COMERCIO INTERNACIONAL Y TRABAJO

GLOBAL TRADE AND WORK

LA CONSTRUCCIÓN DE UN NUEVO DERECHO TRASNACIONAL DEL TRABAJO PARA LAS CADENAS GLOBALES DE VALOR*

WILFREDO SANGUINETI RAYMOND

Catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad de Salamanca, donde imparte docencia en la Facultad de Derecho a nivel de grado, máster y doctorado. Autor de numerosos artículos y libros sobre temas de su especialidad. En la última década ha dedicado sus esfuerzos al estudio del impacto de las transformaciones económicas, tecnológicas y productivas en el marco institucional del Derecho del Trabajo.

---

* Ponencia general sobre el tema ***comercio internacional y trabajo***, presentada al ***XXIII Congreso Mundial de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social***, a celebrarse en Lima del 7 al 10 de septiembre de 2021. Esta ponencia es el resultado de un largo proceso de reflexión colectiva desarrollado en el marco del ***Grupo Internacional de Investigación sobre Comercio Internacional y Trabajo***, cuya coordinación me fuera encomendada en septiembre de 2019 por la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social con el objeto de promover la investigación colaborativa en torno a este tema, uno de los siete a abordar en su XXIII Congreso Mundial. En las labores del grupo de investigación, que se extendieron entre los meses de junio de 2020 y febrero de 2021, participaron ochenta y nueve investigadores de doce nacionalidades diferentes, agrupados en nueve subgrupos de trabajo, todos mencionados en la relación de participantes que se incorpora como apéndice a esta ponencia, los cuales elaboraron ocho informes nacionales, uno plurinacional y cuatro individuales a partir de un cuestionario elaborado por el coordinador. Estos informes fueron agrupados en un documento de trabajo unificado que fue discutido en un seminario internacional organizado por la Universidad de Salamanca que se celebró los días 10 y 12 de febrero de 2021. Los trabajos presentados en ese seminario, así como un informe de síntesis, aparecen recogidos en la obra colectiva a la que se hace referencia en la nota número 9 de esta ponencia. El coordinador ha querido honrar la labor del grupo elaborando una ponencia que desarrolle, a partir de sus contribuciones, las líneas básicas del proceso de construcción de un nuevo Derecho Transnacional del Trabajo que ha constituido el principal hallazgo de nuestro trabajo colectivo. A la vez, desea expresar su gratitud a todos sus integrantes por su entusiasmo y compromiso en la realización de una labor colectiva que ha constituido una apasionante aventura intelectual. Debe indicarse, finalmente, que la elaboración de esta ponencia forma parte de las actividades del ***Proyecto de Investigación "La construcción transnacional del Derecho del Trabajo: de la pirámide a la red. La contribución española"*** (TRANSLAB Ref. PID2019-104809-100-DER).

"*Archimède demandait un point d'appui pour soulever le monde. Nous cherchons quant à nous quelques points de contrôle pour le reguler*".

Benoit Frydman 2018, *Droit global et régulation* (2018)

SUMARIO: I. Los inmensos desafíos asociados a la globalización del comercio y la transnacionalización de los procesos de producción. A. Efectos laborales del nuevo modelo organizativo. B. Un interrogante capital. II. La laboriosa construcción de una respuesta. A. La asunción espontánea de competencias normativas por las empresas multinacionales como punto de partida. B. El encauzamiento del proceso desde fuentes internacionales y la emergencia del paradigma de la diligencia debida. C. La captura del poder privado a través de la acción legislativa. III. Hacia un nuevo Derecho Transnacional del Trabajo para las cadenas mundiales de producción. A. Caracteres. 1. Multiplicidad de niveles de regulación e hibridación de fuentes. 2. Extraterritorialidad. 3. Transversalidad. B. Elementos configuradores. 1. Las cadenas mundiales de producción como espacio de regulación. 2. Los derechos humanos laborales como objeto de protección. 3. El poder de las empresas multinacionales como punto de apoyo para su aplicación. 4. La diligencia debida como meta-principio regulador. IV. Retos de futuro del nuevo Derecho. A. El desarrollo de fórmulas efectivas de participación individual y colectiva de los trabajadores. B. La consideración de la sostenibilidad económica de las cadenas mundiales de producción como un componente necesario de las estrategias de diligencia debida. C. La regulación de la responsabilidad de las empresas multinacionales. D. La construcción de un sistema de gobernanza internacional. Apéndice. Relación de participantes en el Grupo Internacional de Investigación sobre Comercio Internacional y trabajo.

I. LOS INMENSOS DESAFÍOS ASOCIADOS A LA GLOBALIZACIÓN DEL COMERCIO Y LA TRANSNACIONALIZACIÓN DE LOS PROCESOS DE PRODUCCIÓN

Las cadenas globales de producción, de suministro o de valor, son "el rostro moderno de la economía global". [1] Su emergencia, a partir de la última década del pasado siglo, es expresión de una transformación profunda de las relaciones de producción y la división del trabajo a escala internacional, operada como consecuencia de la cada vez más intensa liberalización de los intercambios comerciales, el abaratamiento de los costes de transporte y el desarrollo de tec-

1 Según la gráfica expresión acuñada por P. LAMY, *Global Value Chains and the New World of Trade*, Keynote address, Duke DVC Global Summit, 2014.

nologías que permiten la organización y el control a distancia de los procesos productivos. Como resultado de estos cambios, el modelo tradicional de empresa verticalmente integrada que opera directamente o a través de sucursales en un territorio al que aspira abastecer, ha terminado por ceder el paso a la actuación cada vez más extendida de grandes conglomerados de empresas jurídicamente independientes situadas en muy diversas localizaciones remotas, todas vinculadas a través de nexos de naturaleza preferentemente contractual y sometidas a la dirección de una empresa líder o principal, que es la que adopta las decisiones fundamentales relativas a la organización del proceso global de producción y determina la distribución del valor entre sus integrantes. [2] Y que, en atención a su posición al interior de la red transnacional, recibe el apelativo de multinacional

A. Efectos laborales del nuevo modelo organizativo

Las consecuencias laborales de esta nueva forma de organización de las actividades empresariales fruto de la evolución del capitalismo global son complejas y profundas. Estas no se miden solo en términos de incremento de las oportunidades de crecimiento económico y generación de empleo, especialmente en los países de destino de las labores de las referidas cadenas, sino también de pérdida de efectividad de los tradicionales mecanismos de regulación de las relaciones de trabajo, tanto de ámbito nacional como internacional, así como de desarrollo de una intensa presión a la baja sobre las condiciones laborales de los trabajadores a los que esas oportunidades deberían beneficiar.

Estos son efectos cuya raíz hay que buscarla en las características de esta singular técnica organizativa. Las cadenas mundiales de producción son estructuras "líquidas", [3] que permiten a las empresas multinacionales asumir el control

2 Sobre las cadenas mundiales de producción, suministro o valor, términos que en esta ponencia se utilizan como sinónimos y en su más amplia acepción, pese a los matices que encierran desde la perspectiva de la economía y la teoría de las organizaciones, puede verse, de entre una amplísima bibliografía, V. BORGHI, L. DORIGATTI y L. GRECO, *Il lavoro e le catene globali del valore*, Ediesse, Roma, 2017; P. DICKEN, *Global Shipf. Mapping the Channing Contours of he World Economy*, Guilford Press, New York, 2015; G. GEREFFY, *Global Value Chains and Development. Refining the Contours of 21º Century Capitalism*, Cambridge University Press, 218; y L. GRECO, *Capitalismo e sviluppo nelle catene globali del valore*, Carocci, Roma, 2018. De particular interés resulta igualmente OIT, *El trabajo decente en las cadenas mundiales de suministro*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2016 (informe preparado para la 105º reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo).

3 V. BRINO, *Diritto del lavoro e catene globali del valore. La regolazione dei rapporti di lavoro tra globalizzasione e localismo*, Giappichelli, Torino, 2020, pág. 1.

de los procesos globales de producción aprovechando las ventajas comparativas ofrecidas –también desde el punto de vista laboral– por las distintas localizaciones geográficas y sin asumir responsabilidad alguna por las condiciones con arreglo a las cuales se presta el trabajo a su interior. Esto es así en la medida en que, mediante la formación de estas estructuras, las referidas empresas se sitúan en condiciones de anteponer a la naturaleza unitaria y fluida de las actividades económicas sometidas a su liderazgo, el carácter fragmentado de los ordenamientos jurídicos en los que se ubican sus componentes y las personificaciones diferenciadas de los sujetos que colaboran con ellas. Esta "doble segmentación" [4] no solo les permite dar lugar a una suerte de "mercado global de los derechos", [5] dentro del cual tanto los Estados como los contratistas y suministradores que colaboran con ellas han de competir entre sí para atraer actividades, proyectos o encargos, sino que hace posible que eludan todo vínculo respecto de los trabajadores que participan en los procesos productivos de los que se nutren.

Los que se acaban de apuntar son, por lo demás, efectos que tampoco están en condiciones de ser enfrentados con éxito mediante la aplicación de las normas internacionales del trabajo o la acción de la OIT, al pivotar ambos sobre la actuación de los Estados de los territorios en los que desarrollan las actividades productivas reguladas. El resultado termina siendo, de tal modo, particularmente en los países y sectores productivos en los que se sitúan los eslabones más débiles de estas cadenas, que son por lo general los más intensivos en el empleo de mano de obra, una doble "carrera hacia el fondo" (*race to the botton*), [6] que conduce a que las posibilidades de crecimiento de la ocupación y mejora de las capacidades de los trabajadores abiertas por el despliegue de estas cadenas vengan por lo general asociadas a salarios insuficientes, formas precarias de contratación, extensas y variables jornadas, lugares de trabajo inseguros y peligrosos y hostilidad hacia el fenómeno sindical y la negociación colectiva. A lo que hay que sumar un aumento del riesgo del recurso a formas prohibidas de explotación laboral, como el trabajo forzoso e infantil, en especial en los eslabones inferiores de dichas cadenas, que pueden llegar, a través de la sucesión

4 A. LYON-CAEN, "Verso un obbligo legale di vigilanza in capo alle imprese multinazionale", *Rivista Giuridica del Lavoro e de della Previdenza Sociale,* 2018, núm. 2, pág. 241.

5 Dicho con palabras de B. FRYDMAN, *Comment penser le droit global?*, Série des Workings Papers du Centre Perelman de Philosophie du Droit núm. 2012/1, pág. 13.

6 B. FRYDMAN, "Droit global et régulation. Quels points de contrôle pour una régulation de l'économie de marché?", *Revue d'études bemthamiennes*, 2018, núm. 14, pág. 6.

en cascada de encargos sujetos a las mismas presiones competitivas, al trabajo informal e incluso al empleo clandestino, especialmente de los inmigrantes. [7]

B. Un interrogante capital

En estas condiciones, es legítimo preguntarse si es posible conciliar el comercio internacional y el trabajo decente. [8] Y, en particular, si los antes referidos son efectos naturales e inevitables del proceso de globalización, frente a los cuales no cabe oponer resistencia, o es posible construir instrumentos y fórmulas de regulación que, adaptándose a la dimensión fluida y la escala transnacional de los procesos globales de producción liderados por las empresas multinacionales, permitan un balance más equilibrado entre la dinámica impuesta por el funcionamiento de estas empresas y las exigencias de la sociabilidad.

La ponencia desarrollada en las páginas siguientes, en cuya base se encuentra el amplio trabajo de reflexión colectiva desarrollado por los integrantes del *Grupo de Internacional de Investigación sobre Comercio Internacional y Trabajo*, formado en 2020 a instancias de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, [9] se propone poner de relieve los pasos más relevantes del proceso de construcción de una respuesta positiva a ese decisivo interrogante que vienen desarrollándose en los últimos años. Como tal, servirá, antes que nada, para destacar la aparición de un basto catálogo de nuevas herramientas y mecanismos reguladores, todos encaminados a hacer posible la garantía de un

7 Estos son efectos de los que da cuenta en su apartado 3 la *Resolución relativa al Trabajo Decente en las cadenas mundiales de suministro*, aprobada por la Conferencia Internacional del Trabajo en junio de 2016. Esta es, por lo demás, una percepción compartida por la gran mayoría de observadores del fenómeno. Para un examen más detenido de la cuestión se remite a OIT, *El trabajo decente* …, cit., págs. 2, 7-8 y 23-30.

8 Como hace A. BLACKETT, "Futuros transnacionales del derecho internacional del trabajo. Introducción", *Revista Internacional del Trabajo*, 2020, núm. 4, pág. 498.

9 Los trabajos del grupo de investigación aparecen recopilados en W. SANGUINETI (Coordinador), *Documentos de Trabajo del Grupo de Investigación sobre Comercio Internacional y Trabajo*, Salamanca, 2021, disponible en;

https://proyectotranslab.usal.es/wp-content/uploads/sites/83/2021/02/2020-Informe-consolidado-del-Grupo-de-Investigaci%C3%B3n-sobre-Comercio-internacional-y-trabajo.pdf

Estos trabajos fueron discutidos en un seminario internacional celebrado los días 10 y 12 de febrero, cuyas sesiones pueden verse en:

https://www.youtube.com/playlist?list=PLkFwV1Kqf-nmaqtGXRYFnect_YR2kyFGF

Las ponencias presentadas en este seminario, así como un informe de síntesis del coordinador de grupo, han sido recientemente publicados en W. SANGUINETI RAYMOND (Director), *Comercio internacional, trabajo y derechos humanos*, Ediciones Universidad de Salamanca, 2021.

núcleo básico de condiciones laborales justas, identificadas con el catálogo de los derechos fundamentales en el trabajo y los derechos humanos laborales, a lo largo y ancho de las cadenas mundiales de producción lideradas por las empresas multinacionales. Un fenómeno que representa el embrión de un hasta hace no demasiado tiempo difícilmente imaginable *Derecho Transnacional del Trabajo*, aplicable a las relaciones de trabajo que se desenvuelven dentro de dichas cadenas, sin importar el lugar donde se encuentren situadas o el sujeto que ocupe la posición de empleador.

El empleo de esta metodología inductiva, por medio de la cual se trata de ir del problema al sistema y no a la inversa, constituye la base para llevar a cabo a continuación, en la parte medular de la ponencia, la reconstrucción de un modelo normativo que contribuya a identificar los elementos de este nuevo Derecho en formación, caracterizado por la ausencia de un legislador plenamente identificable y de un catálogo definido de fuentes, establecer las relaciones entre ellos y valorar sus posibilidades y perspectivas, así como sus carencias, incoherencias y problemas, tratando de aportar en cada caso respuestas útiles para el despliegue de su función al servicio de la gobernanza social y el reequilibrio de la globalización. [10] El resultado será, de tal forma, una visión de la relación entre comercio internacional y trabajo no solo en términos de los problemas y desafíos que el primero plantea al marco regulador del segundo, sino de las posibilidades que vienen abriéndose para avanzar en la construcción de una relación más armoniosa entre ambos.

II. LA LABORIOSA CONSTRUCCIÓN DE UNA RESPUESTA

La expectativa de una actuación incondicionada de las multinacionales en el espacio de sus cadenas mundiales de producción, eligiendo con libertad los destinos más favorables para sus intereses y sin asumir responsabilidad alguna por las condiciones de fabricación de sus productos, se vería rápidamente contradicha por la conducta de estas mismas empresas. En realidad, casi desde su etapa inicial, el despliegue de esta nueva forma de organización descentralizada de las actividades empresariales ha venido acompañado de la puesta en marcha de una diversidad de instrumentos por las casas matrices, todos dirigidos pro-

10 Se comparte así la propuesta de V. BRINO, *Diritto del lavoro* …, cit., pág. 4, de ir más allá de la sistematización de lo existente, por más valiosa que esta pueda ser en un escenario aún necesitado de clarificaciones como el actual, aportando también elementos para la construcción de un modelo de regulación del trabajo adaptado a las singulares características de las cadenas mundiales de valor.

mover o exigir el respeto de una base mínima de derechos laborales a sus socios comerciales situados en todo el mundo. A estas actuaciones se irán sumando progresivamente, no obstante, intervenciones de otros sujetos, en un proceso de progresiva conformación de un sistema dirigido a encauzar la actuación de las primeras, con arreglo a la evolución de la que se da cuenta a continuación.

A. La asunción espontánea de competencias normativas por las empresas multinacionales como punto de partida

En el origen del recién referido proceso de asunción espontánea por las empresas multinacionales de competencias reguladoras sobre la actuación de los integrantes de sus redes globales de empresas colaboradoras [11] se sitúa la universalización de la demanda ciudadana de respeto de la democracia, los derechos humanos y el medio ambiente, que ha corrido paralela al despliegue del proceso de globalización económica, y el desarrollo de un cada vez más intenso activismo social y del consumo a escala planetaria, a partir de la difusión de numerosos escándalos relacionados con la existencia de formas intolerables de explotación laboral en los procesos de fabricación de los productos de conocidas marcas localizados en destinos remotos. [12] Esta confluencia entre la "universalización de los valores", propiciada también por la globalización, [13] y el desarrollo una "ciudadanía del consumo", con arreglo a la cual "los consumidores expresan sus preferencias políticas a través de sus opciones de consumo", [14] ha servido para instalar en la conciencia social universal la consideración de las empresas multinacionales que lideran los procesos globales de producción como los sujetos que, en tanto beneficiarios últimos de esa clase de vulneraciones, se encuentran llamados a adoptar medidas para ponerles freno. Sin que para ello sea relevante el hecho de que hayan participado o no en su realización o tenido siquiera conocimiento de ella. Es decir, con independencia de los criterios de orden jurídico

11 Sobre el que llama la atención I. DAUGAREILH, "Responsabilidad social de las empresas transnacionales: análisis crítico y prospectiva jurídica", *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 2009, núm. 27, pág. 90.

12 Para un ejemplo de la literatura de denuncia de estas situaciones, vid. K. WERNER y H. WEISS, *El libro negro de las marcas. El lado oscuro de las empresas globales*, DeBOLSILLO, Madrid, 2006 (primera edición en lengua alemana de 2001).

13 A. JEAMMAUD, "La 'mondializzazione': banco di prova per el Diritto del Lavoro", en S. SCARPONI (a cura di), *Globalizzazione e Diritto del Lavoro. Il ruolo degli ordinamenti nazionali*, Giuffrè Ed., Milano, 2001, pág. 57.

14 K. KOLBEN, "A Suply Chain Approach to Trade and Labor Provisions", *Poltics and Governance*, 2017, núm. 4, pág. 64.

que permiten imputar un comportamiento a una persona o entidad y atribuirle responsabilidades por el daño causado a través de él.

Esta demanda para que las empresas multinacionales, y en concreto sus casas matrices, actúen como "gendarmes" o "guardianes" de la globalización", [15] responsabilizándose del control de las condiciones laborales al interior de sus cadenas de producción al margen cualquier obligación jurídica o vinculación con los trabajadores que dentro de ellos actúan, será asumida sin mayores cuestionamientos y de manera llamativamente rápida por un número cada vez más amplio de estas organizaciones. Jugará para ello un rol fundamental la "relevancia planetaria" que adquiere dentro de las sociedades globalizadas el "daño reputacional" asociado a la difusión de la existencia de vulneraciones de los derechos humanos o condiciones laborales inaceptables en las redes de producción de estas empresas [16] y el consiguiente temor a ser víctimas de campañas de activistas que puedan afectar sus ventas e imagen comercial, así como su valor bursátil. Muchas empresas asumirán, así, sin que exista norma alguna que las obligue y recurriendo para justificar sus actuaciones al paraguas ideológico de la responsabilidad social corporativa, [17] el rol de sujetos reguladores de la conducta como empleadores de sus contratistas y proveedores situados en las más diversas localizaciones remotas, sirviéndose de los mecanismos contractuales que les permiten ordenar el funcionamiento de la red como palanca para llevarlo a cabo.

Lo anterior ha hecho posible la aparición, desde el espacio de autodeterminación de dichas empresas, de una amplia gama de *mecanismos autónomos de producción de reglas*, [18] en su mayor parte desconocidos o escasamente utilizados con esa función en el pasado, entre los cuales pueden contarse, en el marco de un proceso que ha ido asumiendo cada vez mayor consistencia y complejidad, al menos las declaraciones públicas de intención y las iniciativas conjuntas o mixtas, las prácticas contractuales uniformes, las normas y protocolos de empresa, los códigos de conducta y los sistemas de verificación de proveedores y contratistas y, en su fórmula más evolucionada, los acuerdos marco internacionales suscritos con las federaciones sindicales mundiales de rama de actividad. [19]

---

15 B. FRYDMAN, *Comment penser ...*, cit., pág. 19.

16 Sobre el que insisten V. BRINO y E. GRAGNOLI, "Le imprese multinazionali e il rapporto di lavoro", *Revista Giuridica del Lavoro e de della Previdenza Sociale,* 2018, núm. 2, pág. 210.

17 Según apunta I. DAUGAREILH, "Responsabilidad social …", cit., págs. 80 y 90.

18 Como los denomina S. RODOTÀ, "Códigos de conducta. Entre *hard law* y *soft law*", en A. REAL PÉREZ (Coord.), *Códigos de conducta y actividad económica*, M. Pons, Madrid, 2010, pág. 22.

19 Una sistematización de los diversos instrumentos existentes y sus muy variados contenidos y fun-

Todos estos son instrumentos que, más allá de sus distintas configuraciones, empezarán a llenar de forma espontánea, impulsados por la fuerza del "tribunal de la opinión pública" y el interés de mercado de las empresas que los impulsan, el vacío de Derecho [20] generado por el despliegue de las cadenas mundiales de producción. Para ello resultarán de singular utilidad dos características que los distinguen y convierten en particularmente aptos para cumplir ese cometido. El hecho de tener su origen en el poder de regulación de las casas matrices sobre sus procesos globales de producción, en primer término. Y su vocación de poner en circulación principios o reglas de alcance general o impersonal, [21] susceptibles de ser aplicados con carácter transversal a las relaciones jurídicas incluidas en su ámbito de aplicación, sin importar el territorio en el que se desenvuelvan o la personificación de quienes sean titulares de estas, en segundo término. Emerge, de tal forma una inédita regulación privada de los derechos laborales a escala transnacional, que encuentra en las cadenas mundiales de producción cuya existencia ha servido para poner en jaque los ordenamientos laborales nacionales y las normas internacionales del trabajo su *espacio de aplicación* y descubre en el poder contractual y la fuerza de marca de las empresas que se sitúan al frente de aquellas un inesperado *punto de apoyo* para su aplicación a lo largo y ancho de las mismas. [22]

B. El encauzamiento del proceso desde fuentes internacionales y la emergencia del paradigma de la diligencia debida

El extraordinario interés de este proceso, objeto inicialmente de numerosas críticas basadas en su consideración como parte de una estrategia meramente publicitaria de las marcas mundiales, sería rápidamente advertido por las Naciones Unidas, que buscarán fomentar su expansión al conjunto de las empresas de dimensión global y su proyección a la protección de los derechos humanos en

ciones, con atención a la praxis de las multinacionales españolas, puede verse en W. SANGUINETI RAYMOND (Director), *La dimensión laboral de la internacionalización de la empresa española. Una visión de conjunto de los instrumentos de gestión laboral transnacional de las multinacionales españolas*, Eds. Cinca, Madrid, 2014.

20 En palabras, nuevamente, de S. RODOTÀ, op. cit., pág. 20.

21 S. NADALET, "Le dinamiche delle fonti nella globalizzazione: ipótesi per un diritto transnazionale del lavoro", *Lavoro e Diritto*, 2005, núm. 4, pág. 677.

22 Se trata, en consecuencia, como apunta FRYDMAN, "Droit global …", cit., pág. 26, de una regulación que se lleva a cabo a través de la cadena de valor y que se apoya en el poder de la empresa cabeza de la red, cuya imagen de marca la hace especialmente sensible al juicio de la opinión pública.

general, luego de varios intentos de fallidos de imponer a las primeras un estatuto vinculante, mediante el lanzamiento en el año 2000 de su *Pacto Mundial*. El propósito de este instrumento, ejemplo paradigmático donde los haya de una medida de *soft law*, fue el de promover el respeto de diez principios relacionados con la protección de los derechos humanos, el medio ambiente y la lucha contra la corrupción, entre los cuales se cuentan cuatro vinculados con el mundo del trabajo, coincidentes con los proclamados en 1998 por la OIT como fundamentales, mediante un llamamiento a las empresas de todo el mundo para que asuman el compromiso de apoyarlos y respetarlos, no solo en sus actividades, sino también "dentro de su ámbito de influencia", lo cual es tanto como decir en sus procesos globales de producción. El sentido de esta decisión no es difícil de advertir: pasar del enfrentamiento a la cooperación, con el fin de tratar de sustituir el debilitado poder de los Estados por la capacidad de control de las empresas multinacionales sobre sus cadenas de suministro como la herramienta básica para impulsar el respeto de esos derechos en el espacio global. [23]

Los resultados de esta apuesta, arriesgada y audaz, han sido muy relevantes desde el punto de vista cuantitativo, a la vista de los varios miles las empresas de muy diversas dimensiones que en todo el mundo han manifestado su adhesión a los compromisos postulados por el Pacto Mundial. [24] El balance resulta menos claro, sin embargo, si se contempla su impacto desde la perspectiva cualitativa, dada la limitada capacidad mostrada por las herramientas desarrolladas por las multinacionales para poner fin a las prácticas laborales abusivas y promover una mejora de las condiciones laborales en sus redes globales de producción, pese a los esfuerzos de control desplegados y el importante volumen de recursos invertidos. [25]

---

23 Nuevamente, FRYDMAN, op. ult. cit, págs. 14-15.

24 De hecho, con más 12.500 entidades adheridas en más de 160 países, el Pacto Mundial de las Naciones Unidad es la mayor iniciativa de responsabilidad social empresarial de carácter voluntario existente en la actualidad Vid. https://www.pactomundial.org/global-compact/ (última consulta el 1 de julio de 2021).

25 Diversos estudios empíricos revelan que, si bien estas iniciativas pueden haber contribuido a frenar los abusos más notorios, entre ellos singularmente la explotación laboral infantil, y favorecido mejoras en algunas áreas, como la salud y la seguridad, las restantes condiciones de trabajo y el respeto de los demás derechos fundamentales, y en particular el de la libertad sindical y el derecho a la negociación colectiva, no parecen haber mejorado significativamente en los últimos quince o veinte años debido a su influencia. Pueden verse en esta dirección, entre una amplia bibliografía, las conclusiones de los estudios de M. ANNER, J. BAIR y J. BLASIT, "Toward Joint Liability in global Suply Chains: addresssing the root causes of Labour Violations in Internacional Subcontracting Networks", *Comparative law and Policy Journal*, 2013, núm. 1, especialmente págs. 5 y

Partiendo seguramente del convencimiento de que no existe ningún poder externo al de las propias empresas multinacionales que sea capaz de replicar la estructura de sus cadenas mundiales de producción y someterlas a una regulación unitaria, las Naciones Unidas no solo no optarán por abandonar esta estrategia, sino que se inclinarán por dar un paso más en la misma dirección, mediante la aprobación en 2011 por su Consejo de Derechos Humanos de los *Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos*, a propuesta del Representante Especial John Ruggie. [26] La idea de la que parten estos principios, pese a su bastante más detenida y completa formulación, es en el fondo la misma que inspiró en su día el lanzamiento del Pacto Mundial: en vez de tratar de imponer "desde fuera" el respeto de los derechos humanos en las actividades de las empresas, servirse del poder de estas para conseguir su aplicación a escala global. Es con este fin que los mismos establecen una obligación de las empresas, en principio más ética o moral que jurídica, de respetar los derechos humanos y el medio ambiente, que se concreta no solo en el deber de evitar "que sus propias actividades provoquen o contribuyan a provocar consecuencias negativas sobre los derechos humanos", sino en el compromiso de "prevenir o mitigar" las "directamente relacionadas con sus operaciones, productos o servicios prestados por sus relaciones comerciales, incluso cuando no hayan contribuido a generarlas", [27] debiendo poner en marcha con este propósito "*procesos de diligencia debida*" dirigidos a diseñar y aplicar todas las medidas necesarias para el alcances de ese doble efecto preventivo y reparador, así como rendir cuentas de sus resultados. [28]

Como es fácil de apreciar, lo que con este instrumento buscan las Naciones Unidas no es desautorizar la dinámica de creación de normas privadas de aplicación transnacional desarrollada por las casas matrices de las grandes compañías en los años anteriores, sino proyectarla, a través de un mecanismo basado en la persuasión en vez de en la coerción, más allá de las empresas que suelen recurrir a ella por razones de mercado, hacia todas aquellas que desarrollen actividades generadoras de riesgos, a la vez que ofrecer un conjunto de parámetros de carácter

15; y R. LOCKE, *The Promise and Limits of Private Power*, Cambridge University Press, New York, 2013, pág. 20, con un amplio soporte empírico, dentro del cual resultan de singular interés los datos incluidos en el Capítulo 6. Igualmente muy relevante es la información recogida en OIT, *El trabajo decente …* , cit., pág. 53.

26 Documento A/HRC/17/31, cuyo marco conceptual fue definido en 2008 por el informe *Proteger, respetar y remediar: un marco para las actividades empresariales y los derechos humanos*" (Documento A/HRC/8/5).

27 Principio 13.

28 Principio 15. La cursiva es mía.

objetivo que sirvan para orientar estos procesos. Nuevamente aquí, pues, son las empresas –y no los Estados– el sujeto sobre el que reposa el peso de la garantía de los derechos humanos de contenido laboral en el espacio global. La diligencia debida, a través de la cual los Principios Rectores remiten al desarrollo por las empresas de un proceso encaminado a la consecución del cuádruple objetivo de "identificar, prevenir, mitigar y responder" de los efectos adversos de sus actividades sobre los referidos derechos, [29] asume dentro de este esquema el rol de instrumento técnico a través del cual se ofrece un cauce para el ejercicio del poder de las empresas en la dirección perseguida por los mismos, superando el voluntarismo y la ausencia de referentes de la etapa precedente.

El anterior es un diseño que se irradiará con inusitada rapidez hacia los demás instrumentos internacionales dirigidos a promover una actuación respetuosa de los derechos humanos por parte de las empresas, mostrando así una capacidad de influencia muy superior a la que se derivaría del escaso valor normativo del instrumento que lo introdujo. De especial relieve resulta aquí su recepción, el mismo año 2011, por las *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales*, que optaron por esbozar, a partir del esquema contenido en los Principios Rectores, un detallado modelo de referencia para la puesta en práctica de procesos de diligencia debida por parte de las empresas, [30] el cual será, a su vez, objeto de desarrollo a través de una Guía de Debida Diligencia para una Conducta Empresarial Responsable, aprobada en 2018, y de cuatro guías específicas para los sectores sujetos a mayores riesgos. [31] Otro tanto ocurrirá con la OIT, que se inclinará, luego del acaecimiento de la tragedia de Rana Plaza a la que se hará referencia a continuación, por considerar la realización de estos procesos como

29 Principio 17. El cual se descompone, a su vez, en cinco fases: a) "identificar las consecuencias negativas reales o potenciales" en las que la empresa pueda verse implicada; b) "integrar las conclusiones de sus evaluaciones de impacto" en sus procesos internos y "tomar las medidas oportunas"; c) "hacer un seguimiento de la eficacia" de estas; d) informar de las mismas y sus efectos; y e) reparar o "contribuir a reparar" los daños que hayan "provocado o contribuido a provocar", de acuerdo con los Principios 18 a 22.

30 Como apunta V. BRINO, *Diritto del lavoro* …, cit., págs. 69-70. Dicho modelo aparece recogido tanto en los Principios Generales de las Líneas Directrices (principios 10 a 13 y comentarios 14 a 24) como en su sección dedicada a los Derechos Humanos (principio 5 y comentario 45). Un antecedente muy relevante, incluso previo a los Principios Rectores, está representado por la adopción en 2009 de la *norma ISO 26000 sobre responsabilidad social* por la Organización Internacional para la Normalización, que se inspira en principios similares.

31 Estas guías abarcan los siguientes sectores: minerales procedentes de zonas de conflicto y de alto riesgo (2013), extracción de recursos naturales (2015), agrícola (2017) y confección y calzado (2017).

uno de los ejes principales de su política sobre la materia, recogiendo con tal fin alusiones a los mismos tanto en la *Resolución relativa al Trabajo Decente en las cadenas mundiales de suministro* de 2016 [32] como en la *Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social*, en este caso a partir de su reforma de 2017, en la cual la organización tuvo ocasión de destacar el papel nuclear que en estos casos corresponde al respeto de la libertad sindical y el derecho a la negociación colectiva. [33] De este modo se produce la consolidación de la estrategia de utilización del poder privado de las empresas multinacionales como principal instrumento de garantía de los derechos laborales en el espacio global, esbozada inicialmente por el Pacto Mundial, así como la entronización de la diligencia debida como estándar o principio ordenador del cumplimiento por las mismas de sus obligaciones internacionales, con base en los Principios Rectores.

C. La captura del poder privado a través de la acción legislativa

El desastre ocurrido en 2013 en el edificio Rana Plaza de Bangladesh, en el que murieron 1.134 trabajadores que en su mayor parte prestaban servicios para contratistas de varias grandes marcas mundiales de la moda que contaban sistemas de vigilancia y auditoria sobre ellos, marcará un importante punto de quiebre en la estrategia de promoción "suave" de la implicación de las empresas multinacionales que subyace al diseño del Pacto Mundial y los Principios Rectores. La dramática constatación del fracaso de las iniciativas privadas voluntarias, no sujetas a ningún tipo de control ni escrutinio público y de las que no se deriva responsabilidad alguna para las empresas que las ponen en marcha, tendrá consecuencias muy relevantes.

Estas consecuencias se reflejarán, antes de nada, sobre el diseño de esa clase de instrumentos. Adquirirán a partir de entonces mayor importancia, especialmente en los sectores más sujetos al escrutinio público, como el textil y de la confección, los sistemas de control "desde la base" de los proveedores y contratistas, en el marco de los cuales se reconoce un relevante papel a los trabajadores y las organizaciones sindicales que los representan a nivel local,

32 Párrafo 18.

33 A través de párrafo 10. Sobre esta declaración y el papel que dentro de ella corresponde a la diligencia debida, vid. J.-M. SERVAIS, "Las empresas multinacionales y la OIT: ¿hacia una mayor eficiencia?", *Revista Jurídica del Trabajo*, 2020, núm. 2, págs. 9-11.

nacional e internacional, [34] y emergerán nuevos instrumentos, más elaborados y complejos, que buscan ir más allá del carácter individualizado y meramente defensivo de sus precedentes, propiciando una implicación multilateral de las empresas y otros agentes y asumiendo un rol más activo en la promoción de la mejora de las condiciones laborales y su sostenibilidad económica. [35] Asimismo, esta experiencia marcará el inicio de una nueva etapa, dentro de la cual cobrarán un protagonismo cada vez más mayor soluciones de una intensidad reguladora muy superior, impulsadas por las legislaciones de los países sede de las empresas multinacionales y la Unión Europea.

Una vez más, el objetivo de estas iniciativas no es imponer a través de ningún tipo de poder externo, nacional o internacional, el respeto derechos humanos y laborales fundamentales en los procesos globales de producción, sino impulsar el modelo diseñado por los Principios Rectores, mediante el recurso a técnicas que, dependiendo de los casos, bien promuevan o bien exijan, desde las potestades de imperio de los Poderes Públicos, la puesta en marcha por las empresas de procesos de diligencia debida, dirigidos a prevenir, mitigar y reparar los impactos negativos sobre esos derechos en sus cadenas de valor.

A estos efectos, pueden distinguirse hasta tres modelos de intervención, de creciente intensidad reguladora. [36]

---

34 El punto de arranque de esta línea de tendencia viene marcado por el *Acuerdo Marco Internacional sobre Derechos Humanos y Laborales Fundamentales en la Cadena de Producción de Inditex*, suscrito en 2007 y sucesivamente renovado, con importantes mejoras en sus sistemas de participación sindical en el control, en 2014 y 2019. Después de Rana Plaza este modelo se ha extendido a otras importantes empresas del sector mediante la suscripción de acuerdos marco de análogas características. Entre ellas la sueca H&M (2015), la alemana Tchibo (2016), la británica ASOS (2017) y la española Mango (2018). Con carácter general sobre esta evolución, permítaseme la remisión a W. SANGUINETI RAYMOND y M. K. GARCÍA LANDABURU, "La participación sindical en el control de las cadenas de producción de las empresas multinacionales: entre la utopía y la realidad", en J. L. MONEREO PÉREZ (Dir.), *La externalización productiva a través de la subcontratación empresarial*, Ed. Comares, Granada, 2018, págs. 97 y sigs.

35 La referencia ineludible está representada en este caso por el *Acuerdo sobre la prevención de incendios y seguridad en la construcción en Bangladesh*, suscrito poco después del desastre de 2013 por treinta y nueve multinacionales europeas –a las que se adherirían muchas más, hasta superar los dos centenares– conjuntamente con IndustriALL, UNI y ocho sindicatos locales y dentro del cual se asignado un rol muy relevante la OIT. Para un análisis de este acuerdo, vid. M. A. GARCÍA-MUÑOZ ALHAMBRA, "Acuerdos marco globales multilaterales: una nueva expresión colectiva del Derecho Transnacional del Trabajo", *Revista de Derecho Social*, 2015, núm. 70, págs. 209-214; y A. TREBILCOCK, "El desastre del Rana Plaza siete años después: iniciativas transnacionales y proyecto de tratado", *Revista Internacional del Trabajo*, 2020, núm. 4, págs. 602-607.

36 De acuerdo con la clasificación propuesta por N. BUENO y C. BRIGHT, "Impementing human rights due diligence trough corporate civil liability", *Internacional & Comparative Law Quartely*,

En primer lugar pueden ser citadas las leyes y disposiciones análogas que atribuyen a las empresas de una cierta dimensión deberes de información en relación con las actuaciones llevadas a cabo para prevenir la materialización de vulneraciones de los referidos derechos en sus actividades, ya sea en relación con una determinada materia o con carácter general. Este es el caso de la *Ley de Transparencia en la Cadena de Suministro de California* de 2010, de la británica *Ley sobre la Esclavitud Moderna* de 2015, su homónima australiana de 2018 y de la *Directiva 2014/95/UE* sobre información no financiera y sus leyes nacionales de transposición. En todos estos casos se trata de normas de carácter promocional, a través de las cuales se pone el acento en el riesgo reputacional y la visibilidad como los mecanismos que conducirán al impuso de procesos de diligencia debida por las empresas.

A su lado hay que tener en cuenta otro sector de normas, de un mayor voltaje regulador, que imponen la puesta en marcha de procesos de diligencia debida a las empresas, pero solo en relación con un sector específico de actividad o un tema y sin aclarar las condiciones de acuerdo con las cuales estas pueden ser consideradas responsables por los daños que se produzcan. Pueden contarse aquí el *Reglamento UE 995/2010*, que regula las obligaciones de los comercializadores de maderas y productos derivados, el *Reglamento UE 2017/821*, que introduce obligaciones en materia de diligencia debida para los importadores de estaño, tantalio, wolframio y sus minerales y oro originarios de zonas de conflicto o alto riesgo y la *Ley de Diligencia Debida en materia de Trabajo Infantil* de los Países Bajos, aprobada en 2019. [37]

La tercera categoría abarca los supuestos en que la creación de un deber de poner en marcha procesos de diligencia debida de alcance general viene acompañada de la introducción de un régimen de responsabilidad civil aplicable a las empresas obligadas. Descartada en 2020 mediante referéndum la aprobación de la *Iniciativa Popular Suiza sobre Empresas Responsables*, el único ejemplo de regulación de este tipo está representado por la *Ley sobre el deber de vigilancia de las casas matrices y empresas que ejercen el control*, aprobada en 2017 en Francia.

2020, núm. 69, págs. 800-801.

37 Conforme a la cual las empresas incluidas en su ámbito de aplicación deberán ejercer la diligencia debida investigando si los bienes o servicios que les son suministrados han sido elaborados utilizando trabajo infantil, encontrándose obligadas, en caso de sospecha de que así fuera, a aplicar un plan de acción elaborado de acuerdo con la *Herramienta de orientación de la OIT y la OIE sobre el trabajo infantil destinada a las empresas*.

Esta ley ha sido la primera a nivel internacional en establecer una obligación empresarial de esa naturaleza y desarrollar su contenido, configurándola como un *deber de vigilancia* sobre sus redes de filiales y colaboradores, cuyo incumplimiento "implicará la responsabilidad de su autor y lo obligará a indemnizar los daños y perjuicios que su cumplimiento hubiera podido evitar". [38]

En el período posterior a la aprobación de la ley francesa, este proceso de "captura" por los poderes públicos de los instrumentos y procedimientos privados de regulación puestos en marcha por las empresas multinacionales [39] cobrará un impulso aún mayor, singularmente en el seno de la Unión Europea. Se sucederán, así, pronunciamientos del Parlamento y del Consejo a favor de la introducción de la diligencia debida obligatoria [40] y se emitirán informes encargados tanto por el primero como por la Comisión que coincidirán en reconocen las limitaciones de la estrategia basada en la creación de meros deberes de información en cabeza de las grandes empresas y abogarán por una regulación de mayor poder vinculante, [41] hasta llegar, en abril de 2020, al anuncio del Comisario de Justicia

38 Esta ley impone a las empresas obligadas el deber de prever y aplicar un *plan de vigilancia* que incluya "medidas razonables de vigilancia dirigidas a identificar los riesgos y a prevenir violaciones graves de los derechos humanos, las libertades fundamentales, la salud y la seguridad de las personas y el medio ambiente" derivadas de sus actividades, las de las sociedades que controla y los "subcontratistas o proveedores con los que mantiene una relación comercial estable", el cual comprenderá: a) un mapa de riegos; b) procedimientos de evaluación periódica de sus filiales, subcontratistas y proveedores; c) acciones para la mitigación de los riesgos y la prevención de daños; d) un mecanismo de alerta y recogida de denuncias establecido en concierto con las organizaciones sindicales representativas dentro de la empresa; y d) un sistema de seguimiento y evaluación de las medidas aplicadas. Sobre esta ley y su aplicación, vid., de entre una amplísima bibliografía, el reciente estudio de I. DAUGAREILH, L. D'AMBROSIO y T. SACHS, "La ley francesa sobre el deber de vigilancia: presente y futuro de una innovación jurídica", en W. SANGUINETI RAYMOND (Director), *Comercio internacional, trabajo y derechos humanos*, Ediciones Universidad de Salamanca, 2021, págs. 113-130.

39 Como lo califica I. DAUGAREILH, "La ley francesa sobre el deber de vigilancia de las sociedades matrices y contratistas: entre renuncias y promesas", en W. SANGUINETI y J. VIVERO SERRANO (Directores), *Impacto laboral de las redes empresariales*, Comares, Granada, 2018, pág. 362.

40 El Parlamento Europeo se ha pronunciado a favor de esta opción tanto en su *Resolución de 25 de octubre de 2016 sobre la responsabilidad de las empresas por violaciones graves de los derechos humanos en terceros países* (2015/2315-INI, párrafos 19 y 28), como en su *Resolución de 27 de abril de 2017 sobre la iniciativa emblemática de la Unión en el sector de la confección* (2016/2140-INI, párrafos 5 y 18). Por su parte, el Consejo de la Unión Europea, en sus *Conclusiones sobre derechos humanos y trabajo digno en las cadenas de suministro mundiales*, de 1 de diciembre de 2020 (13512/20 SOC 772 EMPL 542), acordó instar a la Comisión Europea a que "presente una propuesta de marco jurídico de la UE sobre gobernanza empresarial sostenible que incluya obligaciones de diligencia debida de las empresas en los distintos sectores que conforman sus cadenas de suministro mundiales".

41 Vid, respectivamente, Parlamento Europeo, *Human Rights Due Dilegence Legislation. Options for*

de la intención de la Comisión de poner en marcha una iniciativa legislativa dirigida a regular las obligaciones de diligencia debida en materia de derechos humanos y medio ambiente exigibles a las empresas que operan en la Unión. Una iniciativa de indudable proyección hoy en fase de gestación, [42] que se ha visto acompañada de importantes avances en la tramitación de proyectos de ley de similar orientación en varios Estados miembros, entre los cuales destacan Noruega y Alemania.

Esta dinámica de impulso desde fuentes estatales del despliegue del poder regulador de las empresas multinacionales sobre sus cadenas de valor tiene en el proceso de "elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos", puesto en marcha por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en 2014, [43] otro de sus referentes fundamentales. Este instrumento, que viene siendo elaborado por un grupo trabajo intergubernamental abierto en el que participan representantes de la sociedad civil, debería servir para convertir en estándares normativos, exigibles a las empresas por los Estados que procedan a su ratificación, la mayor parte de las disposiciones introducidas con carácter no vinculante por los Principios Rectores, permitiendo así la consolidación de la diligencia debida como el parámetro fundamental de ordenación de la relación entre las empresas y los derechos humanos. Y, a la vez, contribuir a colmar algunos de sus vacíos más relevantes, como la ausencia de toda referencia a la cuestión de la responsabilidad de las empresas por las vulneraciones producidas en el ámbito de sus actividades. De especial relieve resulta, desde esta doble perspectiva, que el segundo borrador del tratado, que fue objeto de discusión en 2020, [44] parta de exigir a los Estados firmantes la

the EU, Bruselas, junio de 2020; y Comisión Europea, *Study on due diligence requirements through the suply Chaín*, Bruselas, enero de 2020.

42 A falta de una propuesta de la Comisión, resulta de especial interés la *Resolución del Parlamento Europeo de 10 de marzo de 2021, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre diligencia debida de las empresas y responsabilidad corporativa* (2020/2129-INL), en la medida en que incluye un proyecto articulado de regulación europea sobre la materia bajo la forma de directiva. Un cuidado análisis de esta propuesta en V. BRINO, "La diligencia debida: ¿un nuevo paradigma normativo para la tutela de los trabajadores en las cadenas globales de valor?", en W. SANGUINETI RAYMOND (Director), *Comercio internacional, trabajo y derechos humanos*, Ediciones Universidad de Salamanca, 2021, págs. 48-52.

43 Resolución del Consejo de Derechos Humanos 26/9, aprobada el 14 de julio de 2014 (A/HRC/RES/26/9).

44 *Legally Binding Instrument to Regulate, In International Human Rights Law, the Activities of Transnational Corporations and other Business Enterprises*, Segundo Proyecto revisado, disponible en:

aprobación de normas que obliguen a las empresas a adoptar de medidas de diligencia debida proporcionales a su dimensión y a los riesgos existentes [45] e introduzca un innovador régimen de responsabilidad civil extracontractual basado en la falta de prevención del riesgo de abusos sobre los derechos protegidos en sus actividades. [46]

No parece, por lo demás, que la crisis sanitaria global generada en 2020 por la expansión del virus COVID-19 esté dando lugar a una ralentización del ritmo de avance de las medidas de garantía de los derechos humanos y el trabajo decente en las cadenas mundiales de producción, ni tampoco a una paralización de las iniciativas dirigidas a imponer la introducción de sistemas de diligencia debida por parte de las empresas. Antes bien, las muy negativas consecuencias de esta crisis, no solo para los trabajadores localizados en destinos remotos sino para los contratistas y proveedores para los que prestan servicios, [47] han servido para poner sobre el tapete la necesidad de construir cadenas de suministro menos frágiles y más sostenibles desde el punto de vista social y económico, [48] desplegando un mayor esfuerzo en esta dirección. [49] De allí que en la última etapa asistamos incluso a un mayor impulso de las propuestas de regulación ya existentes, así

---

https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session6/OEIGWG_Chair-Rapporteur_second_revised_draft_LBI_on_TNCs_and_OBEs_with_respect_to_Human_Rights.pdf (última consulta el 9 de julio de 2021).

45 Artículo 6.2.

46 Artículo 8.7. Para una aproximación de conjunto al segundo borrador desde la perspectiva de la garantía de los derechos humanos de contenido laboral, vid. A. TREBILCOCK, "El desastre …", cit., págs. 612-620; y C. LÓPEZ HURTADO, "El proceso hacia un tratado internacional sobre empresas y derechos humanos", en W. SANGUINETI RAYMOND (Director), *Comercio internacional, trabajo y derechos humanos*, Ediciones Universidad de Salamanca, 2021, págs. 53-67.

47 Para un balance general de las repercusiones de la crisis sanitaria sobre las condiciones de trabajo en las cadenas de suministro, vid. OIT, *Documento temático sobre los principios y derechos fundamentales en el trabajo frente a la COVID-19*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2020. Más específicamente, M. K. GARCÍA LANDABURU, "Efectos del COVID-19 en las cadenas de producción de las empresas multinacionales, el caso de la industria de la confección", *Laborem*, 2020, núm. 23, págs. 139-160.

48 Vid., desde una perspectiva integradora de las dimensiones social, económica y ecológica, M. SHARMA, S. LUTHRA, S. JOSHI y A. KUMAR, "Developing a framework for enhancing survivability of sustainable suplí chains during and post-CONVID-19 pandemic", *International Journal of Logistics*, 2020. Texto disponible en: https://www.tandfonline.com/doi/pdf/10.1080/13675567.2020.1810213?needAccess=true (última consulta el 9 de julio de 2021).

49 Para una aproximación al tema desde esta perspectiva, vid. J. A. BAZ TEJEDOR, "El futuro de los principios y derechos fundamentales de la OIT en tiempo de pandemia", *Trabajo y Derecho*, 2021, núm. 75.

como al lanzamiento de otras nuevas, no solo en el ámbito legislativo sino de la actividad de las empresas y los agentes sociales de dimensión global. Muestra de esto último son las diversas iniciativas emprendidas en el sector textil y de la confección desde el inicio de la pandemia, tanto bajo el patrocinio de la OIT como por impulso de las marcas más relevantes y las organizaciones sindicales de ámbito global. [50]

III. HACIA UN NUEVO DERECHO TRANSNACIONAL DEL TRABAJO PARA LAS CADENAS MUNDIALES DE PRODUCCIÓN

De lo expuesto hasta aquí no resulta difícil colegir que la consolidación del nuevo modelo de organización de las actividades productivas a escala planetaria impulsado por las empresas multinacionales no está dando lugar a una sustitución de las normas e instituciones tradicionales del Derecho del Trabajo por el primado absoluto de las leyes del libre mercado, sino más bien a un proceso de "destrucción creativa", [51] de acuerdo con el cual, de forma paralela al declive de la efectividad y la fuerza protectora de las primeras, hacen su aparición una amplia gama de nuevos mecanismos que buscan suplir, aminorar o compensar este doble efecto destructivo. El resultado termina siendo, de tal modo, antes que un vacío de regulación, la formación de un cada vez más articulado andamiaje jurídico-institucional, fruto de la convergencia de un amplio número de formulas reguladoras de orígenes y naturalezas muy diversas –privada y pública, nacional e internacional, *soft* y *hard*, unilateral y pactada– en torno a un objetivo común:

50 Entre las iniciativas desarrolladas en dicho sector para promover una respuesta social y económicamente sostenible frente a los efectos de la pandemia pueden ser citadas especialmente la declaración *Covid-19: Acción en la industria global de la confección* y el acuerdo *Myanmar durante la crisis de Covid-19: trabajando juntos para proteger la salud y el bienestar de los trabajadores y apoyando el pago de los trabajadores y las fábricas*, así como las declaraciones conjuntas suscritas por IndustriALL Global Union con las multinacionales INDITEX, H&M y ASOS. Para una muestra de la manera como se han aplicado estas iniciativas, vid. V. GARRIDO SOTOMAYOR, "Situación del sector global textil, ropa, piel y calzado y aplicación de los acuerdos marco internacionales con las marcas españolas durante el Covid-19. Un caso práctico de su aplicación en un proveedor: MYAN MODE, Myanmar", CC. OO Industria, Madrid, 2020, disponible en: https://proyectotranslab.usal.es/wp-content/uploads/sites/83/2021/04/GARRIDO-SOTOMAYOR-Informe-covid-sector-textil-y-confeccion-y-acuerdos-marco-i.pdf (última consulta el 6 de agosto de 2021).

51 Como destacan, con carácter general respecto del impacto de la globalización sobre el Derecho, M. R. FERRARESE, *Prima Lezione di diritto globale*, Ed. Laterza, Bari, 2012, págs. 95-96; y B. FRYDMAN, *Comment penser …,* cit., pág. 12.

corregir los desequilibrios sociales generados por la globalización, [52] utilizando como herramienta fundamental para ello la canalización del poder de las propias empresas sobre sus cadenas de producción.

La amplitud y variedad de las manifestaciones de este nuevo corpus normativo, así como su consistencia y el hecho de que, más allá de sus diferencias, interactúen de forma provechosa entre sí y se refuercen recíprocamente con el fin de cumplir una misma función, hace posible considerarlas como las bases de un nuevo *Derecho Transnacional del Trabajo*, [53] como veremos de base híbrida y regulación multinivel, cuyas piezas se vienen tejiendo laboriosamente en la última etapa con el fin de dar lugar a una regulación del trabajo en el seno de dichas cadenas que responda a las reglas básicas de nuestro modelo civilizatorio, que tiene en la garantía del trabajo decente uno de sus componentes fundamentales.

Este es un nuevo Derecho que participa de la mayoría de las características de las nuevas manifestaciones normativas que vienen acompañando el despliegue de la globalización. [54] No obstante, a la vez posee caracteres diferenciales y elementos configuradores propios de suficiente entidad como para fundamentar su *autonomía* respecto del Derecho Global también hoy en construcción. El diseño de un modelo de regulación del trabajo en las cadenas globales de valor, al que está dedicada esta ponencia, pasa por la identificación de esos caracteres y elementos configuradores, sin los cuales no es posible hacerse una idea cabal

52 A. BLACKETT, "Futuros transnacionales …", cit., pág. 499.

53 La hipótesis de la emergencia de un Derecho Transnacional del Trabajo ha sido sostenida desde perspectivas diversas y con una visión no necesariamente coincidente con la que aquí se postula en los últimos años. Cfr. A. BLACKETT y A. TREBILCOCK, "Conceptualizing transnational labour law", en A. BLACKETT (Ed.), *Research Handbokk on Transnational Labour Law*, E. Elgar Publishing, 2015, págs. 3-31; M. A. GARCÍA-MUÑOZ ALHAMBRA, "Acuerdos marco …", cit., págs. 202 y 206; K. KOLBEN, "Transnacional Labor Regulation and the Limits of Governance", *Teoretical Inquires in Law*, 2011, vol. 2; S. NADALET, "Le dinamiche …", cit., págs. 672-673; A OJEDA AVILÉS, *Derecho Transnacional del Trabajo*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 213, págs. 24-25 y 37-39, y "Transnacionalidad, globalización e internacionalización. Tres enfoques distintos pero complementarios", *Trabajo y Derecho*, 2018, núm. 43-44, págs. 22-23; y S. SCARPONI, "Globalizazzione e responsabilità sociale delle imprese trasnazionali", *Lavoro e Diritto*, 2006, núm. 1, pág. 151. Un avance de la tesis aquí sostenida en W. SANGUINETI RAYMOND, "Los instrumentos de gestión laboral transnacional de las empresas multinacionales españolas: una realidad poliédrica en construcción", en W. SANGUINETI RAYMOND (Director), *La transnacionalización de las relaciones laborales. Experiencias de gestión en las empresas multinacionales españolas*, Madrid, Eds. Cinca, 2015, págs. Para una síntesis del debate sobre este Derecho en construcción vid. G. FROSECCHI, "Percorso di lettura sul concetto di 'diritto transnazionale del lavoro", *Giornale de Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, 2017, núm. 1, págs. 219-226.

54 Para un amplio repaso de las cuales se remite a M. R. FERRARESE, op. cit.

de su naturaleza y alcances, así como tomar conciencia de sus desafíos de futuro. A esta doble tarea, no acometida hasta el comento de manera integral, están dedicadas las páginas siguientes.

A. Caracteres

Todos los instrumentos que dan vida al Derecho Transnacional del Trabajo en gestación comparten una serie de caracteres o rasgos diferenciales que permiten atribuirles una identidad común pese a sus variados orígenes y morfologías. Estos rasgos, vinculados a su forma de operar, son instrumentales para el cumplimiento de su función de garantía de un núcleo básico de condiciones laborales en el espacio global. De hecho, cada uno de ellos conlleva la reconsideración –o incluso una enmienda– a las características que hacen posible que las cadenas mundiales de producción actúen como un eficaz medio para la puesta en cuestión de los mecanismos ordinarios de expresión del Derecho del Trabajo, así como para la elusión de toda responsabilidad por lo que ocurre al interior de las mismas. Este es un resultado que es conseguido, además, como se podrá apreciar, sin poner en cuestión la tradicional configuración de los ordenamientos laborales y sin desconocer los principios de territorialidad y personalidad jurídica diferenciada que subyacen a su aplicación. [55]

1. Multiplicidad de niveles de regulación e hibridación de fuentes

Al Derecho Transnacional del Trabajo, lo mismo que al Derecho Global en general, "le falta una *primadonna* absoluta, como era en el pasado la legislación de los Estados". [56] Esta ausencia de un sujeto con capacidad reconocida para regular las relaciones de trabajo a nivel global se está viendo suplida, sin embargo, por la intervención combinada de un conjunto de actores, que desde niveles diversos y recurriendo a técnicas disímiles tratan de llenar ese vacío, yendo para ello en muchos casos más allá del marco ordinario de sus competencias. Este es el caso, antes de nada, de las empresas multinacionales, que han optado por asumir, sin tener atribuida potestad alguna para ello, el rol de sujetos reguladores de las condiciones de trabajo exigibles al interior de sus redes de empresas colaboradoras, impulsadas por la presión de la opinión pública. Pero también

55 Como apunta M. MURGO, *Global value chains e Diritto del Lavoro: tecniche per una regolamentazione dell'impresa senza confini*, Tesis Doctoral, Università degli Studi di Pavia, 2019, pág. 248.

56 M. R. FERRARESE, op. cit., pág. 145.

de las organizaciones internacionales que han optado por crear instrumentos de *soft law* con el objetivo de promover la extensión de esa práctica y su sometimiento a una serie de parámetros objetivos de valoración articulados en torno a la noción de diligencia debida. Y de los Estados sede de dichas empresas y la Unión Europea, que se han inclinado por adoptar medidas de *hard law* que imponen a las mismas deberes de información o la puesta en marcha de procesos de vigilancia, adosando a estos incluso reglas de atribución de responsabilidad.

La regulación del trabajo en las cadenas mundiales de producción no es, de tal forma, expresión de un único nivel de regulación dotado de competencias explícitas y con capacidad de imperio para imponer por sí mismo sus soluciones normativas, sino la sumatoria de la sucesiva aparición de instrumentos reguladores provenientes de diversos autores, de ámbitos de actuación y niveles diferenciados. Como tal, es expresión de un Derecho sin un autor previamente definido. [57] Y que prescinde, además, de las nociones clásicas de ordenamiento jurídico y de fuente del Derecho, al conformarse a partir de componentes provenientes de ordenamientos diversos y no atender para determinar el papel y la importancia de cada uno de ellos a sus orígenes sino a su capacidad para desplegar efectos jurídicos. [58] Su configuración se aproxima, de tal forma, a la de una compleja *galaxia de normas*, [59] integrada por un núcleo compuesto por las normas privadas de aplicación transnacional puestas en marcha por las empresas multinacionales y al menos dos círculos concéntricos, que tratan de influir desde el exterior en el desarrollo de esa función o regularla, en los que se integran los instrumentos internacionales de carácter persuasivo y las normas vinculantes de base nacional y comunitaria. [60]

Los componentes de este modelo de regulación multinivel [61] no operan, de tal modo, de manera aislada o inconexa. Antes bien, a despecho de sus orígenes diferenciados y la ausencia de cualquier tipo programación, se encuentran íntimamente relacionados. El vínculo existente entre ellos no es, sin embargo, el propio de una relación jerárquica entre fuentes, como la existente al interior de los ordenamientos nacionales, sino uno más complejo y sutil, con arreglo al cual

57 Sobre esta característica, propia del Derecho Global en general, vid., una vez más, M. R. FERRARESE, op. cit., págs. 54 y sígs.

58 B. FRYDMAN, *Comment penser …,* cit., págs. 6-7 y 10.

59 E. G. DIGGS, M. C. REGAN y B. PARANCE, "Business and Human Rights as a Galaxy of Norms", *Georgetown Journal of International Law*, 2019, vol. 50, núm. 2.

60 Vid., de manera muy similar, B. BRINO, *Diritto del lavoro …*, cit. pág. 3.

61 De acuerdo con la expresión utilizada por S. RODOTÀ, "Códigos …", cit., págs. 19-20.

los anillos exteriores buscan influir sobre el núcleo con una intensidad reguladora creciente, en una lógica de corregulación o hibridación de fuentes e instrumentos reguladores [62] que abre espacios para inéditas y virtuosas interacciones entre *soft* y *hard law*, [63] así como entre autorregulación privada e intervención pública, que deben ser leídas en el marco de una teoría integrada de la regulación del trabajo en el espacio global. [64]

El Derecho Transnacional del Trabajo en formación tiene, en consecuencia, en la nueva *Lex Mercatoria* [65] impulsada por las empresas multinacionales para el gobierno de sus cadenas de valor su herramienta fundamental. Y es, desde esta perspectiva, como todo Derecho Transnacional, un Derecho de base esencialmente privada. [66] Su propósito, sin embargo, es ir más allá del reconocimiento de la posibilidad de ejercicio de ese poder, ya que lo que busca es encauzarlo, sentando las bases para una "*autorregulación regulada*" desde espacios jurídico-públicos de su ejercicio. [67] La fuerza de sus soluciones no depende, por ello, tanto de la capacidad reguladora de cada uno de sus componentes, como del resultado que puede ser alcanzado a partir de la interconexión entre ellos y las sinergias generadas por esta. [68] Como tal, constituye una forma más de expresión de la tendencia contemporánea a organizar las normas en red, en vez de hacerlo de forma piramidal, para dar lugar a resultados que contribuyan de forma real a su efectividad. [69] Y también del convencimiento de que lo relevante en este ámbito no es la coercitividad de cada instrumento por separado, sino el efecto que mediante de la interacción entre técnicas normativas de distinto signo puede ser alcanzado. [70]

---

62 T. SACHS, "La loi sur le devoir de vigilance des sociétés mères et sociétés donnneuses d'orde: les ingrédients d'une corégulation", *Revue du Droit du Travail*, jun. 2017, pág. 382, con referencia a esta ley.

63 Como apunta B. BRINO, op. cit., pág. 95.

64 De acuerdo con la propuesta de S. DEVA, *Corporate Human Rights Abuses and International Law: Brief Coments*, 2015, disponible en:

https://www.escr-net.org/news/2015/corporate-human-rights-abuses-and-international-law-brief-coments/ (última consulta el 30 de diciembre de 2018).

65 Como la denomina D. LANTARÓN BARQUÍN, "¿Hacia un sistema 'cosmopolita' de fuentes del Derecho del Trabajo? La empresa multinacional como detonante del cambio", *Trabajo y Derecho*, 2019, núm. Monográfico 10, pág. 6.

66 M. R. FERRARESE, *Prima lezione* …, cit., págs. 56, 139.

67 J. A. BAZ TEJEDOR, "El futuro ...", cit., pág. 14. La cursiva es mía.

68 T. SACHS, "La loi ...", cit., pág. 382.

69 I. DAUGAREILH, "La ley …", cit., pág. 365, con referencia a la ley francesa. Vid., ampliamente, F. OST y M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau? Pour una théorie dialectique du droit*, FUSL, Bruselas, 2002.

70 V. BRINO, "Imprese multinazionali e diritti dei lavoratori tra profili di criticità e nuovi 'esperi-

El corolario termina siendo, como pondría de relieve el autor de los Principios Rectores de las Naciones Unidas, la edificación de un "modelo de gobernanza transnacional policéntrico", que busca ir más allá de los "grilletes conceptuales" del Derecho Internacional, tanto del trabajo como de los derechos humanos, sirviéndose de las capacidades, los intereses y el compromiso de múltiples actores, tanto estatales como de mercado, así como de la sociedad civil, incluyendo dentro de esta a las organizaciones de trabajadores. [71] Y cuyo fin último es inducir a las empresas globales a ejercer una función de control sobre sus redes de colaboradores y contratistas situados en todo el planeta, [72] que ofrezca a una base para la aplicación de un núcleo de derechos proclamados por las clásicas normas laborales nacionales e internacionales, pero de difícil garantía por estas. Su relación con el Derecho Internacional y los Derechos del Trabajo nacionales no es, por ello, una de conflicto sino de cooperación y de complementariedad, [73] puesto que constituye una estructura construida al servicio de su eficacia, a partir de la constatación de las limitaciones introducidas a esta última por la transnacionalización de las actividades productivas.

Nos encontramos, en consecuencia, ante un nuevo sector del ordenamiento jurídico que, a despecho de la aparente anomia de sus componentes y la falta de poder vinculante de buena parte de ellos, guarda una notable coherencia interna y está en condiciones de desplegar una fuerza normativa muy superior a la que podría atribuírsele desde la perspectiva del sistema tradicional de fuentes del Derecho. Estos son, por lo demás, rasgos que le permiten colmar con cada vez mayor intensidad los vacíos de regulación abiertos por el proceso de globalización, introduciendo además importantes elementos de corrección del voluntarismo, la falta de referentes objetivos y la ausencia de responsabilidad característicos de la praxis reguladora de las empresas multinacionales.

---

menti' regolativi", *Diritto delle Relazioni Industriali*, 2018, núm. 1, pág. 24.

71 J. RUGGIE y J. SERMAN, "The Concept of 'Due Diligence' in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights: A Reply to Jonathan Bonnitcha and Robert McCorquodale", *The Internacional Journal of International Law*, 2017, vol. 28, núm. 3, págs. 925-926.

72 R. MARES, "Securing human rigths through risk-management methods: Breakthrough or misalignment?, *Leiden Journal of Internacional Law*, 2019, núm. 32, pág. 525.

73 BLACKETT, "Futuros transnacionales …", cit., pág. 491.

2. Extraterritorialidad

Un segundo rasgo definitorio del nuevo Derecho en formación es el carácter extraterritorial o transnacional de los espacios de aplicación de sus instrumentos y soluciones normativas. El Derecho Transnacional del Trabajo es, como todo Derecho Transnacional, un Derecho "sin límites", que busca ir más allá del territorio de los Estados, pero sin diseñar con claridad un nuevo territorio y unas nuevas fronteras para su aplicación. [74] Su presencia conlleva, por tanto, una cierta superación de la histórica contraposición entre el Derecho Internacional del Trabajo y los Derechos del Trabajo nacionales, pero desde una perspectiva distinta de la tradicional, ya que no viene referida, ni a la proyección de la soberanía de los Estados más allá de los espacios sujetos a su jurisdicción, [75] ni a la regulación de actuaciones o eventos que trascienden las fronteras nacionales, [76] sino a su capacidad para traspasar y hacer irrelevantes esas fronteras, [77] estableciendo reglas que son de aplicación a relaciones jurídicas y situaciones localizadas en diversos territorios.

La transnacionalidad o extraterritorialidad es una característica inherente, en primer lugar, a la aplicación de los instrumentos autónomos de regulación creados por las empresas multinacionales, que tienen su origen en el poder unilateral de control de estas sobre sus cadenas de producción y están en condiciones de imponerse a través de mecanismos contractuales al conjunto de sus proveedores y contratistas, con independencia de los territorios en los que se sitúen o el ordenamiento por el que se rijan, con una fuerza que supera con creces la debilidad aparente de la estructura voluntaria que los soporta. [78] El de las empresas multinacionales es, de hecho, el único poder con capacidad para desplegar un impacto extraterritorial inmediato y directo sobre la actuación de otros sujetos situados en diversos territorios. A su lado es preciso tener en cuenta también el efecto extraterritorial "inducido" o "indirecto" que están en condiciones de desplegar los instrumentos de *soft law* lanzados por las organizaciones

74 M. R. FERRARESE, *Prima lezione* …, cit., pág. 68.

75 Vid., ampliamente M. R. FERRARESE, esta vez en *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Ed. Laterza, Bari, 2006, pág. 70-74,

76 De acuerdo con el sentido dado al término en su estudio fundacional por P. C. JESSUP, *Derecho Transnacional*, Ed. Trillas, Mexico, 1967. La definición aparece en la pág. 10.

77 M. R. FERRARESE, *Nuova lezione* …, cit., pág. 139.

78 Sobre esto último, vid M. GARCÍA-MUÑOZ ALHAMBRA, H. TER HAAR y A. KUN, "Dúctil en el interior; fuerte al exterior. Un análisis de la naturaleza legal de los nuevos instrumentos del Derecho Laboral Internacional", *Temas Laborales*, 2012, núm. 113, especialmente págs. 46-47.

internacionales como consecuencia de la recepción de sus criterios y orientaciones por la praxis reguladora global de dichas empresas y la acción normativa de los Estados. Y también la aptitud para dar lugar a resultados semejantes de las normas nacionales y comunitarias creadoras de obligaciones relacionadas con la garantía global de los derechos humanos. Estas son normas que, pese a su ámbito de referencia, afectan a conductas que han de desarrollarse o tener consecuencias fuera del espacio de los Estados que las promulgan. [79] Además de desplegar efectos, nuevamente de manera inducida o indirecta, sobre la actividad de los contratistas y proveedores de las casas matrices situados en territorios distintos de aquel en el que tiene su sede la matriz obligada a cumplirlas. [80] Este es, de hecho, un uso sorprendente extraterritorialidad, que expresa la vocación de algunos Estados de convertirse en reguladores globales con el fin de gobernar los procesos de producción liderados por las empresas sujetas a su jurisdicción a lo largo del mundo.

El carácter extraterritorial de sus instrumentos permite al nuevo Derecho poner límites a la política de aprovechamiento de las diferencias de regulación de los ordenamientos laborales nacionales que ha caracterizado la actuación de las empresas multinacionales a lo largo de las últimas décadas. A la vez, constituye una herramienta capaz de compensar la no aplicación directa de las normas internacionales del trabajo dentro de los territorios estatales. Y muy en particular de aquellos con deficiencias de regulación o insuficientes sistemas de control. Desde esta doble perspectiva, constituye un elemento clave para la superación de los déficits de gobernanza del mundo del trabajo generados por la globalización.

3. Transversalidad

Los instrumentos a través de los cuales se expresa el nuevo Derecho Transnacional del Trabajo se caracterizan, en tercer lugar, por su aptitud para trascender a la hora de su aplicación los confines marcados por la personalidad jurídica separada de las empresas que se integran en las cadenas globales de valor. [81] Mientras el Derecho del Trabajo, tanto nacional como internacional, articula la tutela de la posición jurídica de los trabajadores a partir de la existencia de una

79 Imponiendo además a sus destinatarios sanciones por su incumplimiento. Y llegando incluso a exigirles, como se ha visto, responsabilidades por daños derivados de actuaciones acaecidas fuera del territorio de esos Estados.

80 Como destaca I. DAUGAREILH, "La ley …", cit., pág. 376.

81 B. BRINO, *Diritto del lavoro …,* cit., pág. 3.

relación contractual con el empleador, los referidos instrumentos prescinden de esta relación. La protección de los derechos laborales fundamentales es una tutela *externa al contrato de trabajo*, que es ofrecida por un sujeto distinto, como es la empresa multinacional, en atención a la posición ocupada por esta dentro del proceso productivo global y su capacidad para adoptar medidas que induzcan al empleador al cumplimiento. Esta circunstancia hace posible que las medidas en las que esa tutela se concreta no necesiten traspasar la barrera de la personalidad jurídica diferenciada de los distintos participantes –proveedores, contratistas, socios comerciales– en las referidas cadenas para poder ser aplicadas a estos. Técnicas de tan compleja articulación, como las relativas a la determinación de la persona o personas a las que corresponde atribuir realmente la condición de empleador o al levantamiento del velo de la personalidad jurídica, sin las cuales no cabe asignar a un sujeto distinto del acreedor formal de la prestación de servicios deberes de protección sobre los trabajadores, se ven de tal forma sustituidas por la puesta en marcha –espontánea, inducida o impuesta, según los casos– por otra entidad de medidas dirigidas a exigir el respeto de los derechos en cuestión a quienes ostentan en cada caso la posición de empleador.

Naturalmente, estas son medidas que, por su propia naturaleza, resultan de aplicación, sin distinciones de ningún tipo, a todas las empresas colaboradoras sobre las que se proyecten. La protección que a través de ellas se ofrece a los derechos laborales, sin embargo, presenta algunas peculiaridades de relieve, en la medida en que no da lugar a verdaderos derechos subjetivos, exigibles como tales por los trabajadores integrados en las cadenas mundiales de suministro. Antes bien, lo que hacen los códigos de conducta, acuerdos marco y demás instrumentos de este tipo, es actuar como fuente para la creación de obligaciones para los socios comerciales en su relación con las empresas que los impulsan, [82] cuya exigencia puede ser activada por sus trabajadores solo ante estas últimas, normalmente a través de los mecanismos de reclamación, queja o denuncia, así como de control sindical, establecidos en ellos. Aunque en la última etapa empiezan a introducirse mecanismos de naturaleza contractual a través de los cuales se reconoce el derecho de los trabajadores de las empresas contratistas para accionar directamente frente a estas exigiendo esos derechos. [83]

82 Como sostendría hace ya tiempo A. PERULLI, "La responsabilità sociale dell'impresa e codici di condotta: modelli ed eficacia", en L. MONTUSCHI y P. TULLINI, *Lavoro e responsabilità sociale dell'impresa*, Zanichelli, Bologna, 2006, págs. 131 y 18.

83 A través de las denominadas "cláusulas de tercero responsable", que atribuyen ese derecho a los trabajadores de las empresas colaboradoras de las multinacionales en los contratos suscritos con

Aún con esta limitación, el carácter transversal de la aplicación de los instrumentos del Derecho Transnacional del Trabajo constituye un elemento de especial importancia para el cumplimiento de su función institucional. Por su intermedio la fragmentación y consecuente opacidad y ausencia de responsabilidad por las condiciones de trabajo que caracterizan el funcionamiento de las cadenas globales de valor pueden ser afrontadas mediante instrumentos impulsados por las casas matrices de las propias empresas multinacionales, los cuales resultan de aplicación a todos los sujetos que en ellas intervienen. Y, a través de estos, a sus trabajadores. Se da origen de tal forma a una suerte de "*juridificación circular*" de los derechos fundamentales asociados al trabajo en el espacio global.

B. Elementos configuradores

El Derecho Transnacional que viene tejiéndose con el fin de rellenar los déficit de regulación y gobernanza del mundo del trabajo generados por el despliegue del proceso de globalización es el resultado del juego de una compleja trama de instrumentos de orígenes y naturalezas diversos, todos los cuales tienen en común su aptitud para ser aplicados de manera uniforme en cualquier territorio y con independencia la personificación de sus destinatarios. La conexión entre estos instrumentos no se limita, sin embargo, a estas dos propiedades. Antes bien, pese a no responder a una planificación unitaria sino a intervenciones sucesivas llevadas a cabo desde espacios diferenciados, todos ellos responden a una *lógica subyacente común*, cuyo punto de arranque se encuentra en la praxis espontánea de regulación de las condiciones de prestación del trabajo al interior de sus cadenas mundiales de producción impulsada por la "creatividad difusa" de las empresas multinacionales, [84] a la que se han ido adicionando, como anillos de una extensa galaxia normativa, actuaciones de otras instancias –internacionales, estatales y comunitarias– con el fin de extender el radio de acción de la primera y reforzar su eficacia.

El producto de ello ha sido la conformación, a estas alturas cierta, de un *nuevo modelo de regulación del trabajo en las cadenas mundiales de valor*, adaptado a las características de esta forma de organización transnacional de los procesos de producción. Las piezas de este modelo se articulan en torno a cuatro elementos

estas. Sobre estas cláusulas, vid. B. BRAUN, A. KELLY y C. RYERSON, "Códigos de conducta de proveedores aplicables como herramienta para el acceso a la justicia en las cadenas mundiales de suministro", *The Global Labour Rights Reporter*, 2021, núm. 1, págs. 7-11.

84 M. R. FERRARESE, *Prima lezione* …, cit., pág. 56.

fundamentales, que en conjunto expresan la identidad de la nueva disciplina jurídica de la que son parte. Estos elementos son los siguientes: a) la identificación de las *cadenas globales de producción* como espacio de regulación, b) la consideración de los *derechos humanos laborales* como objeto de protección, c) la atribución a las *casas matrices de las empresas multinacionales* de la condición de sujetos obligados a llevar a cabo esa protección y d) la entronización de la *diligencia debida* como meta-principio regulador, [85] dirigido a impulsar y encauzar el ejercicio de ese rol por parte de las empresas.

La entera trama reguladora del Derecho Transnacional del Trabajo gira en torno a estos cuatro elementos, cuya interrelación es capaz de dar lugar a ese efecto imposible de ser alcanzado separadamente por los instrumentos que lo componen, como es la creación de una base de regulación susceptible de ser aplicada de manera uniforme al trabajo prestado al interior de las cadenas mundiales de producción, sin importar la localización y personificación diferenciadas de sus componentes.

¿Cómo se consigue este efecto, esquivo por igual para las normas estatales y los tratados internacionales? Sin perjuicio de lo que se dirá más adelante, quizá sea útil recurrir aquí a un símil procedente de la física: si Arquímedes pidió un punto de apoyo –y una palanca lo suficientemente larga– para mover el mundo, hoy el poder de las casas matrices de las empresas multinacionales se está convirtiendo de forma acelerada en el *punto de apoyo* a partir del cual es posible imponer el respeto de una base mínima de condiciones laborales a lo largo de sus redes globales de producción, en tanto que la diligencia debida, inicialmente impulsada desde fuentes internacionales y luego impuesta incluso por el poder de algunos Estados y organizaciones supranacionales, está operando con creciente fuerza como la *palanca* capaz de impulsar la puesta en marcha de esos procesos de regulación más allá de las exigencias derivadas de la lógica de mercado y la defensa de la reputación comercial de las empresas. [86] Las lagunas de regulación y los déficit de efectividad del Derecho nacional e internacional del Trabajo encuentran así, a través de esta sutil combinación, una llamativa forma de ser rellenados.

85 Como lo califica V. BRINO, *Diritto del lavoro* …, cit., pág. 173.

86 El símil es utilizado con carácter general respecto de la construcción del Derecho Global, por B. FRYDMAN, *Droit global* …, cit., pág. 18. La referencia al poder de las empresas líderes sobre los nodos de la cadena de valor como "palanca" para accionar mecanismos de responsabilización sobre esta y quien la coordina es hecha por V. BRINO, op. cit., pág. 3.

A continuación se pasará revista a los cuatro componentes de este nuevo modelo regulador, cuyo potencial reside en las consecuencias a las que es capaz de dar lugar el juego combinado de todos.

1. Las cadenas mundiales de producción como espacio de regulación

El primer elemento definitorio del nuevo modelo de regulación del trabajo en la economía global está representado por la consideración de las cadenas mundiales de producción lideradas por las empresas multinacionales como el *espacio o ámbito* hacia el que viene dirigida la aplicación de sus instrumentos. Esta es una característica que recorre por igual sus distintas manifestaciones, desde las de naturaleza privada, pasando por las de fuente internacional, hasta llegar a las de origen nacional y comunitario, en la medida en que todas buscan, aún recurriendo a fórmulas no necesariamente coincidentes, proyectar su aplicación a las redes de proveedores y contratistas que integran los procesos de producción de las empresas de dimensión global. De hecho, es posible sostener que el propósito de todos estos instrumentos –y a través de ellos de la nueva disciplina jurídica– no es otro que, precisamente, favorecer la transformación de esas cadenas en *cadenas mundiales de control*, e incluso en *cadenas mundiales de mejora* de las condiciones laborales, instrumentalizando para ello el poder de decisión que sobre ellas ostentan las casas matrices de las referidas empresas. [87]

La presencia de esta amplia gama de regulaciones que, desde distintos ámbitos y con arreglo a técnicas diversas, buscan regular el desarrollo del trabajo al interior de las cadenas mundiales de producción permite hablar de la consolidación de estas últimas como una *categoría jurídica emergente* en el espacio global, en la que se dan cabida todas las medidas de protección de los trabajadores que prestan servicios a su interior que vienen construyéndose en la última etapa. [88] Frente a la idea tradicional, de acuerdo con la cual dichas cadenas constituyen

87 El desarrollo de esta tesis en W. SANGUINETI RAYMOND, "Las cadenas mundiales de producción y la construcción de un Derecho del Trabajo sin fronteras", en AEDTSS, *El futuro del trabajo: cien años de la OIT. XXIX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, Madrid, 2019, pág. 43.

88 En este sentido, M.-A. MOREAU y M.-L. MORIN, "La chaîne de sous-traitance internationale: une catégorie juridique en émergence", en A. JEAMMAUD, M. LE FRIAND, P. LOKIEC y C. WOLMARK (Eds.), *A droit ouvert: mélanges en l'honneur d'Antoine Lyon-Caen*, Dalloz, Paris, 208, pág. 660, aunque con referencia a lo que las autoras denominan "la cadena de subcontratación internacional".

"un quehacer empresarial refractario a cualquier forma de heterorregulación" [89] estas se muestran, de tal modo, como un elemento clave para la reconstrucción desde bases normativas de la unidad sustancial del proceso productivo global dirigido por la empresa multinacional. Y, a través de ella, para el establecimiento de medidas dirigidas a imponer límites a las asimetrías que es capaz de generar la doble fragmentación, espacial y personal, que caracteriza su funcionamiento.

La actuación de la noción de cadena mundial de producción como categoría jurídica –y no solo como una fórmula descriptiva de una determinada modalidad organizativa– plantea, no obstante, delicados problemas, no del todo resueltos en la actualidad. En principio, dentro de dicha noción es posible considerar incluida "toda organización transfronteriza de las actividades necesarias para producir bienes y servicios y llevarlos hasta los consumidores", cuya formación y liderazgo corresponden a una empresa que, precisamente en atención a esta circunstancia, recibe el apelativo de multinacional. [90] Esto supone que, a diferencia de lo que ocurre con los grupos empresariales transnacionales, dentro de los cuales priman los lazos societarios, las cadenas mundiales de producción son un espacio fluido y en continua evolución, [91] generado esencialmente a través de vínculos contractuales de muy distinta naturaleza, entidad y alcance entre sus componentes. Los cuales pueden, además, articularse a diferentes niveles y no solo mediante el establecimiento de una relación directa con la empresa principal o casa matriz. Esta peculiar característica dificulta cualquier intento de delimitación precisa de sus contornos, tanto desde el punto de vista horizontal como vertical. Y, por tanto, su operatividad como categoría jurídica.

---

89 De la que se hace eco V. BRINO, *Diritto del Lavoro* …, op. cit. pág. 18.

90 De acuerdo con la escueta definición proporcionada por la OIT en el informe *El trabajo decente* …, cit., pág. 1, a la que se ha añadido la referencia al rol crucial desempeñado por las empresas a cuyos intereses sirven. Una consideración integral del fenómeno hace necesario distinguir dentro de estas cadenas hasta cuatro dimensiones, cuya interrelación permite dar cuenta de la compleja organización y el enrevesado funcionamiento de los sistemas productivos globales. Estas se relacionan con: a) los *sujetos* implicados en la elaboración y/o distribución de un bien o servicio; b) los *vínculos* de carácter jurídico, económico y comercial existentes entre ellos, c) la *ubicación* geográfica de cada uno y el marco jurídico al que se someten; y d) la estructura de *gobernanza* que se establece entre los mismos. Estas cadenas están, así, en condiciones de reunir a una gama indeterminada de sujetos, los cuales pueden estar vinculados con la empresa que las crean o entre sí a través de una multitud de contratos de distinto tipo y situarse en los más variados países. Pese a lo cual se encuentran coordinados y dirigidos, con arreglo a fórmulas también diversas y de intensidad variable, por dicha empresa.

91 Nuevamente V. BRINO, op. cit. pág. 1. O, como apunta la OIT en el informe citado en la nota anterior, "estructuras organizativas complejas, variadas, fragmentadas, dinámicas y evolutivas",

Por lo que a la primera de dichas perspectivas se refiere, resulta evidente que el carácter cambiante y hasta cierto punto volátil de las relaciones entre las empresas que conforman las cadenas de valor convierte en una tarea sumamente difícil encontrar un criterio fiable a partir del cual establecer cuándo una empresa colaboradora forma parte de la cadena de valor de una multinacional y cuándo no. Así, aunque parece claro que deben entenderse incluidas las entidades que mantienen vínculos de colaboración estable y duradera con la misma y no aquellas que atienden encargos específicos, pueden presentarse en la práctica numerosas situaciones intermedias, en las cuales no resulta fácil aplicar esta regla. De igual forma, si bien no parece que pueda discutirse que integran la cadena de producción de una multinacional aquellos socios comerciales que dedican un volumen relevante de su producción a atender sus necesidades, la respuesta puede no resultar tan clara cuando su colaboración alcanza a una porción menor de su actividad o cuando mantienen relaciones comerciales con varias multinacionales a la vez, sin que los pedidos de alguna predominen sobre los de las demás. Caso, este último, en el que cabría incluso preguntarse si estas empresas pueden ser consideradas integradas simultáneamente en las cadenas de producción de todas las multinacionales con las que colaboran.

Las dudas pueden ser incluso mayores si se contempla la configuración de estas cadenas desde la perspectiva de los diferentes niveles de contratación y subcontratación a los que pueden dar lugar. Aquí cabe inquirirse si la tantas veces referida noción está en condiciones de abarcar solo el primer nivel, en el que interviene directamente la multinacional, o también los restantes, incluso cuando estos, como sucede con más frecuencia de la que se cree, sean desconocidos, no vengan autorizados o se encuentren prohibidos por esta empresa.

Todos estos son interrogantes de gran relevancia práctica, más aún cuando las vulneraciones más graves de los derechos laborales fundamentales, como la explotación laboral infantil o el trabajo forzoso, no suelen tener como protagonistas a las empresas que forman parte del primer y más estable nivel de proveedores, sino a las entidades –e incluso personas– que subcontratan con estas, muchas veces de forma esporádica, la atención de una parte de la demanda de las multinacionales. [92] Las soluciones, sin embargo, pueden variar

92 Como se reconoce en el apartado 3 de la Resolución Relativa al Trabajo Decente en las Cadenas Mundiales de Suministro de la OIT. Otras vulneraciones, como las horas extraordinarias excesivas, la falta de medidas adecuadas de seguridad o las trabas al desarrollo de la acción sindical, en cambio, si son susceptibles de producirse, y además con frecuencia, en el primer nivel de contratación.

de un instrumento a otro, en especial en el terreno de las fórmulas privadas de regulación, dentro de las cuales es frecuente la opción de limitar su aplicación a los proveedores del primer nivel, susceptibles de ser controlados directamente, si acaso restringiendo o prohibiendo la subcontratación de los encargos por parte de estos. [93] Con todo, desde la aprobación en 2011 de los Principios Rectores de las Naciones Unidas, la línea de tendencia viene marcada por el empleo de una noción amplia de cadena de suministro, capaz de cabida a todos sus eslabones y a todos los tipos de relación con el proceso productivo de la empresa principal, bien que modulando la intensidad de los deberes de esta en función del efectivo grado de influencia que en cada caso tenga sobre los proveedores y su consecuente capacidad para prevenir o evitar la realización de conductas que vulneren los derechos protegidos. [94]

2. Los derechos humanos laborales como objeto de protección

El Derecho Internacional del Trabajo y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos constituyen, de manera conjunta, el "núcleo normativo" y la fuente de legitimación del Derecho Transnacional del Trabajo. [95] Este extrae de la conjunción de ambos –y no de una fuente propia– un núcleo de derechos cuya tutela busca garantizar a los trabajadores integrados en las cadenas mundiales de producción. Esto supone, como se ha indicado, que el cometido de la nueva disciplina jurídica no es dar lugar a una regulación que sustituya, se adicione o

93 El *Código de Conducta de Fabricantes y Proveedores del Grupo Inditex* constituye un buen ejemplo de esta opción. De acuerdo con su apartado 10, que lleva la rúbrica de "trazabilidad de la producción", "los fabricantes y proveedores no podrán derivar la producción a terceros sin la autorización previa y escrita" de Inditex, siendo aquellos que lo hagan "responsables del cumplimiento de este Código por parte de dichos terceros y sus trabajadores".

94 De acuerdo con el Principio 13, la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos exige que estas "traten de prevenir o mitigar las consecuencias sobre los derechos humanos directamente relacionadas con operaciones, productos o servicios prestados por sus relaciones comerciales", debiendo entenderse que estas últimas "abarcan las relaciones con socios comerciales, entidades de la cadena de valor y cualquier otra entidad (..) directamente relacionada con sus operaciones comerciales, productos y servicios", conforme con lo indicado por el comentario a este principio. No obstante, según el Principio 19, las medidas a adoptar por las empresas con tal fin pueden variar en función, entre otros criterios, de "su capacidad de influencia para prevenir las consecuencias negativas", medida en atención a una serie de factores que se detallan en el comentario a este principio. En una dirección semejante se pronuncian las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales (comentarios 42 y 43 al apartado IV, relativo a los derechos humanos).

95 La expresión y el comentario son de A. BLACKETT, "Futuros transnacionales …", cit., pág. 499, aunque en referencia exclusivamente al Derecho Internacional del Trabajo.

complemente la contenida en las normas laborales nacionales e internacionales, sino operar "desde fuera" de estas, como una herramienta dirigida a hacer posible la aplicación de ese núcleo en el espacio global. Su función es, así pues, una de carácter *instrumental o auxiliar* respecto del Derecho Internacional del Trabajo y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en la medida en que no busca consagrar o promover nuevos derechos que se añadan a los proclamados por estos, sino actuar como una estructura al servicio de su aplicación.

El espacio de protección del Derecho Transnacional del Trabajo no coincide de forma plena, sin embargo, con el de las disciplinas jurídicas a las que sirve. Lo que a través de él se persigue no es promover la aplicación de todos los derechos reconocidos por los convenios internacionales del trabajo y los instrumentos y tratados internacionales en materia de derechos humanos, sino de una base común, compuesta por aquellos que pueden ser considerados esenciales dentro de nuestro modelo de sociedad e insustituibles para la protección de los trabajadores en todo el planeta, cuyo catálogo se extrae de la *intersección* entre ambos. Esta es una idea que se expresa en los Principios Rectores de las Naciones Unidas a través de la inclusión de una doble referencia, como base mínima de protección, a los derechos enunciados en la Carta Internacional de Derechos Humanos y la Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo. [96] Y que aparece recogida, con arreglo a formulas diversas, en el resto de sus instrumentos.

El catálogo de derechos protegidos, a los que cabe atribuir la denominación de *derechos humanos laborales*, [97] está en condiciones de abarcar, de tal modo, los cuatro derechos o principios proclamados como fundamentales por la OIT en su Declaración de 1998, que representan el marco o base mínima indispensable para el desarrollo de los demás derechos asociados al trabajo. Pero también aquellos otros derechos laborales que, encontrándose reconocidos por las normas internacionales del trabajo, forman parte de los instrumentos y tratados internacionales de derechos humanos. Y muy en particular de los de carácter universal. El espacio de protección trasciende de tal forma la garantía de la libertad sindical

96 Principio 12, que alude antes a "los derechos humanos internacionalmente reconocidos" e indica entre los mismos deben incluirse "como mínimo" los derechos enunciados por estos dos instrumentos.

97 Sobre el significado de esta denominación y la razón de su preferencia sobre otras posibles, vid. M. CANESSA MONTEJO, *Derechos Humanos Laborales en el seno de la Organización Internacional del Trabajo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 3º ed., 2020, págs. 41-48.

y el reconocimiento efectivo del derecho a la negociación colectiva, la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso, la abolición efectiva del trabajo infantil y la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación, para extenderse a otro bloque de derechos, todos ellos ligados a la noción de *trabajo decente* impulsada de forma paralela por la OIT, [98] como son los derechos a un ingreso suficiente y digno, a la limitación del tiempo de trabajo y la garantía del descanso y a una protección adecuada en materia de seguridad y salud en el trabajo, consagrados por los artículos 23 y 24 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y 6 y 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. [99] Sin que esta lista deba considerarse, en cualquier caso, exhaustiva. [100]

Esta sólida vinculación –desde la perspectiva de su tutela– entre los derechos laborales y los derechos humanos, es el fruto de una constante y cuidadosa labor de la OIT, que luego del fracaso en la Conferencia Ministerial de Singapur de 1996 de la opción de trasladar la protección global de los derechos laborales al espacio de los procesos de liberalización comercial liderados por la OMC, optó por desarrollar una intensa labor de promoción de la inclusión de las porciones

98 Como afirman J. L. MONEREO PÉREZ y B. M. LÓPEZ INSUA, "La garantía internacional del derecho a un 'trabajo decente", *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2015, núm. 177, págs. 28 y sigs.

99 Este listado de siete derechos coincide con el propuesto por la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo en su informe *Trabajar para un futuro más prometedor* (Ginebra, 2019, pág. 39-41) a los efectos de dar lugar a una *Garantía Laboral Universal* que establezca "piso de protección" aplicable a todos los trabajadores del mundo. Una propuesta que no sería recogida en la *Declaración del Centenario para el Futuro del Trabajo*, aprobada por la Conferencia Internacional del Trabajo en 2019. Sobre el particular, vid. el comentario crítico de M. E. CASAS BAAMONDE, "La declaración del Centenario de la OIT para el Futuro del Trabajo: ¿una oportunidad perdida?", *Derecho de las Relaciones Laborales*, 2019, núm. 7, especialmente págs. 646-647.

100 Para una aproximación más amplia a dicho catálogo, a partir del reconocimiento de los derechos al trabajo y a condiciones de trabajo justas y equitativas por el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, vid. N. BUENO, "Mutlinational enterprises an labour rights: concepts and implementation", en J. BELLACE y B, TER HAAR, *Research Handbook on Labour, Business and Human Rights*, Elgar Publishing, Londres, 2019, págs. 423-424. El listado puede ampliarse de manera muy considerable si se contemplan igualmente los derechos reconocidos por los tratados de derechos humanos de alcance regional o dirigidos a la protección de personas y colectivos vulnerables, pudiendo en este caso llegar a alcanzar la treintena, como demuestra M. CANESSA MONTEJO, *Derechos Humanos* …, cit., págs. 27-35. Esta es una visión que, aunque contraste con la lógica selectiva que en 1998 animó la aprobación por la OIT de su Declaración sobre Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo, resulta coherente con la consideración por los Principios Rectores de los derechos reconocidos por esta y los instrumentos universales de derechos humanos como un mínimo, que no niega la pertinencia de la tutela de otros derechos de igual naturaleza, como se apunta en *supra* nota 96.

más relevantes de su corpus normativo en todos los instrumentos internacionales dirigidos a promover el respeto de los derechos humanos por las empresas.

Este es un resultado de inmensa relevancia, en la medida en que, por este inédito camino la tutela de los más relevantes derechos proclamados por las normas internacionales del trabajo ha terminado por encontrarse indisolublemente vinculada a la tutela de los derechos humanos y el medio ambiente, convirtiéndose así en un ingrediente más del desarrollo sostenible, con todas las consecuencias que de ello se derivan. Esto supone que el Derecho Internacional del Trabajo –o incluso el Derecho del Trabajo en general– se han visto en la necesidad de "refugiarse" en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos para recobrar fuerzas y tratar de garantizar su efectividad frente a los embates de la globalización. [101] No obstante, tampoco puede dejar de destacarse que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha encontrado en la praxis de vigilancia de sus cadenas de suministro, desarrollada originalmente por las empresas multinacionales en relación con los derechos laborales, la herramienta principal para la promoción de su aplicación efectiva.

Esta labor se ha visto complementada por la puesta en marcha por la propia OIT de un proceso de impulso de la recepción de esos derechos por los instrumentos de gestión laboral de sus cadenas de suministro impulsados por las empresas multinacionales. Junto a la política de promoción de su inclusión en los acuerdos marco internacionales desarrollada por las federaciones sindicales mundiales, [102] esta actividad ha determinado que la presencia de los derechos fundamentales en el trabajo, incluyendo entre ellos los de vocación reivindicativa, se haya convertido en una constante dentro de todos esos instrumentos –códigos de conducta incluidos– descartando así la posibilidad de una elección "a la carta" de los mismos abierta por su carácter voluntario. [103]

Es importante observar, finalmente, que el hecho de que la tutela de los derechos laborales discurra aquí por cauces externos al contrato de trabajo y se articule a partir de técnicas distintas a las tradicionales del Derecho del Traba-

101 Como destacaría M. R. FERRARESE en su intervención en el coloquio *Diritto del lavoro e catene globali del valore*, organizado por la Università Ca'Foscari de Venecia y celebrado el 7 de mayo de 2021.

102 Sobre la que llaman la atención F. GUARRIELLO y L. NOGLER, "Violazioni extraterritoriali dei diritti umani sul lavoro: un itinerario di recerca tra rimedi nazionali e contrattazione collettiva transnazionale", *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, 2020, núm. 66, pág. 183.

103 Denunciada en su día por I. DAUGAREILH, "Responsabilidad social …", cit., pág. 91.

jo, está conduciendo a una mutación de la naturaleza de estos derechos. En el ámbito del Derecho Transnacional del Trabajo, los derechos laborales nos son protegidos como derechos subjetivos que se ostentan frente a un empleador, sino en tanto derechos humanos, que participan de la naturaleza absoluta propia de estos, con las consecuencias asociadas a esta condición. [104]

3. El poder de las empresas multinacionales como punto de apoyo para su aplicación

El sistema de tutela transnacional de los derechos laborales en el mercado global que viene articulándose a lo largo de la última década tiene en el poder de las casas matrices de las empresas multinacionales sobre sus cadenas de suministro su herramienta principal. De hecho, todos los instrumentos de origen internacional, comunitario y nacional a los que se ha hecho referencia en las páginas precedentes, así como la propia noción de diligencia debida en torno a la cual estos se articulan, no constituyen sino herramientas dirigidas a impulsar y encauzar el ejercicio de ese poder, con el propósito de convertirlo en un instrumento para la irradiación de estándares laborales hacia las empresas integradas en esas cadenas. [105]

La asunción de un papel regulador respecto de las condiciones de prestación del trabajo al interior de sus redes de proveedores y contratistas responde inicialmente, como hemos visto, a una decisión libremente adoptada por las empresas de dimensión global en defensa de sus intereses comerciales, amenazados por la presión de la sociedad civil y los consumidores. En un momento posterior, sin embargo, esta función abandonará su configuración exquisitamente voluntaria para ser objeto de medidas de promoción e incluso de deberes impuestos a través de fuentes heterónomas. Detrás de esta evolución, que ha terminado por convertir a las multinacionales en "inspectoras de trabajo" respecto de fábricas de las que no son ni propietarias ni empleadoras, [106] se sitúa la percepción social de que estas empresas no solo son el sujeto cuyos requerimientos y necesidades se encuentran en la base de las vulneraciones de los derechos humanos que en sus

104 De acuerdo con la tesis desarrollada por M. MURGO en su intervención en el seminario *Commercio internazionale e Diritto del Lavoro*, organizado por la Università di Parma y celebrado el 30 de abril de 2021.

105 La referencia a las empresas multinacionales como "actores de irradiación de estándares de trabajo a otras empresas" es hecha por D. LANTARÓN, "¿Hacia un sistema …", cit., pág. 9.

106 Como observa B. FRYDMAN, *Droit global* …, cit., pág. 16.

cadenas de producción pueden producirse, sino que cuentan con una efectiva capacidad para impedir su realización, dada la posición nuclear que ocupan dentro de la producción y el comercio a escala global y su consecuente aptitud para controlar las acciones de los demás sujetos que intervienen en estos procesos. [107] En función de estas dos consideraciones, las casas matrices han terminado por tener asignado, al margen de cualquier atribución formal de competencias y muchas veces incluso en contra de su voluntad, el rol de "puntos de control" del proceso de globalización. [108]

Ambas no son consideraciones aventuradas.

La atribución a las empresas multinacionales de una función de garantía del respeto de una base de condiciones laborales en sus cadenas de suministro –y, en su caso, incluso de responsabilidades por su falta de cumplimiento– no encuentra aquí su fundamento, ni en la propiedad sobre las entidades a las que se dirige, ni en la existencia de un contrato de trabajo con los trabajadores cuya posición se busca proteger, sino en la *posición de control* que a través de cauces contractuales ejercen dichas empresas sobre los procesos productivos globales en los que se enmarcan las prestaciones de sus colaboradores y socios comerciales. [109] Una posición de control que, aún con intensidades variables, [110] existe siempre tratándose de esta modalidad organizativa. Y que permite entender que su funcionamiento es instrumental para la satisfacción de sus necesidades. De allí que no pueda aceptarse que estas empresas se desentiendan de los riesgos gene-

107 B. FRYDMAN, *Comment penser* …, cit., págs. 19-20.

108 Nuevamente, con carácter general, B. FRYDMAN, op. ult. cit., pág. 20.

109 En esta dirección V. BRINO, *Diritto del lavoro* …, cit, pág. 176, alude a la construcción de una "responsabilidad apátrida" de los actores económicos globales "radicada sobre su posición de control" dentro de las cadenas de valor. Sobre el control ejercido por vías contractuales como fundamento de la responsabilidad de estas empresas, vid. N. BUENO y C. BRIGHT, "Impementing human …", cit., págs. 816-818.

110 Como apunta V. BRINO, "Imprese multinazionali …", cit., pág. 9, las multinacionales ejercen "un poder de control y de coordinación" sobre los miembros de sus cadenas de valor, realizando "una suerte de hibridación entre jerarquía y mercado", en la medida en que, a pesar de reconocer su autonomía jurídica, los someten a "estrechos vínculos de dependencia económica y organizativa". La intensidad de ese poder puede ir, no obstante, de un máximo, cuando nos encontramos ante una cadena susceptible de ser calificada de *cautiva* debido al bajo nivel de competencias ejercido por las empresas colaboradoras, y un mínimo, si se trata de una cadena *relacional*, dentro de la cual las mismas ejercitan competencias complejas que la principal no posee, pasando por situaciones intermedias, en las que se desarrollan tareas complejas pero más fácilmente codificables y sustituibles, que dan lugar a las llamadas cadenas *modulares*. La fuente de esta clasificación se encuentra en G. GEREFFI, J. HUMPREY y T. STURGEON, "The Governance of Global Value Chains", *Review of Internacional Political Economy*, 2005, núm. 12.

rados por las actividades de quienes les sirven. Antes bien, estos riesgos deben afectar también a quien se sitúa en el origen de la cadena de valor, la dirige y se beneficia de ella. [111] Las vulneraciones de los derechos protegidos no pueden ser consideradas, en consecuencia, como un problema atinente exclusivamente a los proveedores y contratistas, pues la organización de la producción a través de cadenas de valor es en sí misma una fuente de riesgos. [112]

A su vez, las empresas multinacionales son un sujeto dotado de una real y efectiva capacidad para cumplir la función de garantía y control que les asigna, desarrollando procesos reguladores de ámbito transnacional capaces de asegurar un núcleo básico de derechos a todos los trabajadores que participan en sus procesos globales de producción. [113] La herramienta para ello está representada por la recién referida posición de control que estas empresas ejercen sobre sus redes de proveedores y contratistas. Como es evidente, esta posición no solo puede ser utilizada para dirigir dichos procesos desde el punto de vista económico y organizativo, sino también como una herramienta al servicio de una política de respeto de los derechos laborales a lo largo de su cadena de producción. La condición para ello es que las mismas adopten, ya sea de forma voluntaria o inducida, la decisión de imponer el respeto de estos derechos a sus colaboradores, convirtiéndolo en un factor determinante, condicionante o, en todo caso favorecedor, del establecimiento o la permanencia de la relación comercial con ellos. Por esta vía, la empresa transnacional se sitúa en condiciones de "crear un ámbito de regulación autónomo, partiendo de su esfera privada de actuación", [114] capaz de favorecer o asegurar la vigencia de los citados derechos en todos los espacios en que se desarrollan las tareas vinculadas con sus procesos globales de producción. Algo que, de hecho, viene ocurriendo con cada vez más frecuencia y rotundidad, mediante el recurso a técnicas e instrumentos diversos. [115]

111 M.-A. MOREAU Y M.-L. MORIN, "La chaîne ...", cit.. págs. 665-666, en relación con el tratamiento jurídico de la subcontratación en el Derecho francés.

112 I. DAUGAREILH, "La ley …", cit., pág. 365

113 Como destacaría hace tiempo S. NADALET, "Le dinamiche …", cit., pág. 684.

114 Nuevamente, S. NADALET, op. cit., pág. 687, destacando que estas decisiones suponen la utilización en clave garantista de los instrumentos contractuales de los que dispone la casa matriz para ordenar la actividad de las entidades con las que entra en contacto.

115 Desde un modesto punto de partida, tanto los códigos de conducta como los acuerdos marco internacionales vienen adentrándose cada vez más en el terreno de la creación de obligaciones jurídicamente vinculantes para los proveedores y contratistas. Sobre esta tendencia, vid. especialmente los estudios de L. BLECHER, "Codes of conduct: the troyan horse os international human rights law", *Comparative Labor Law & Policy Journal*, 2017, vol. 38, págs. 437 y sígs, respecto de los primeros; y V. BRINO, *Diritto del Lavoro* …, cit., especialmente págs. 170-171, y M. MURGO,

Favorecer la creación de esos espacios autónomos de regulación, capaces de traspasar por igual las fronteras nacionales y las diferencias de personificación a partir del poder privado de las empresas multinacionales, constituye la razón de ser del Derecho Transnacional del Trabajo. Y a la vez el elemento con mayor rotundidad expresa su identidad y explica su aptitud para contribuir a rellenar los vacíos de gobernanza abiertos por la globalización.

4. La diligencia debida como meta-principio regulador

La diligencia debida se ha convertido en los últimos años en la piedra angular del marco jurídico internacional en construcción para la regulación del comportamiento de las empresas en materia de derechos humanos. [116] Y, por tanto, en uno de los componentes nucleares del nuevo Derecho Transnacional del Trabajo. Su lanzamiento en 2011 por los Principios Rectores de las Naciones Unidas, inicialmente como expresión de una aspiración o expectativa de la comunidad internacional más que como una obligación jurídica, [117] responde a una doble convicción, a la que se ha hecho referencia de forma reiterada. La de que la mejor –o quizá la única– manera de promover la vigencia de los esos derechos en el espacio económico global es recabando el compromiso de las propias empresas, antes de nada. Pero también de que esta es una tarea que no puede ser abandonada a la sola iniciativa y voluntad de aquellas, sino que requiere de instrumentos que la ordenen y encaucen. Como tal, supone la ratificación de la estrategia de utilización del poder privado como herramienta de tutela, originalmente impulsada en relación con los derechos laborales, y su proyección al espacio de los derechos humanos en general. Paralelamente, sin embargo, conlleva una rectificación de la concepción exquisitamente voluntaria y no sujeta a condicionamientos externos de estas prácticas de los defensores del modelo de la denominada responsabilidad social corporativa. El lanzamiento de la diligencia debida como principio regulador expresa, de este modo, la voluntad de ordenar y dirigir la actuación de las empresas, y en especial de las de dimensión global, dando lugar a fórmulas de "autorregulación regulada" capaces de

Global value ..., cit., págs. 213 y sigs., ambos en relación con los segundos.

116 O. MARTÍN-ORTEGA, "Human rights due diligence for corporations: from voluntary standards to hard law al last?, *Netherlands Quartely of Human Rights*, 2013, vol. 31/4, pág. 50.

117 Nuevamente, O. MARTÍN-ORTEGA, esta vez en "La diligencia debida de las empresas en materia de derechos humanos: un nuevo estándar para una nueva responsabilidad", F, J. ZAMORA CABOT, J. GARCÍA CÍVICO y L. SALES PALLARÉS (Eds.), *La responsabilidad de las multinacionales por violaciones de derechos humanos*, Ed. Universitaria de Alcalá, 2013, págs. 178-179.

racionalizar un modelo productivo basado en la elusión de las responsabilidades y la externalización de los riesgos. [118]

Pese a sus orígenes, por completo ajenos a la protección de los derechos humanos, [119] la noción de diligencia debida, de cuya configuración básica se ha dado cuenta en el segundo apartado de esta ponencia, [120] presenta una especial aptitud para cumplir la función que le ha sido encomendada. La clave de esta aptitud se encuentra en el hecho de que a través de ella se centra la atención en el proceso necesario para garantizar la vigencia de los derechos protegidos, en lugar de hacerlo en estos o en la reparación de las vulneraciones que los afecten. [121] Esta es una característica que le permite exigir a las empresas, antes que la reparación de los daños causados a dichos derechos, la puesta en ejecución de procesos que, anticipándose a su materialización, tengan como objetivo central la identificación y prevención de los riesgos que los mismos puedan padecer. El recurso a la diligencia debida implica, de tal modo, la introducción de un enfoque proactivo y *ex ante*, y no *ex post*, a través del cual se pretende poner a la organización de la empresa al servicio de la protección de los trabajadores. [122] El estándar de comportamiento que a través de ella se establece es, por lo demás, uno de carácter abierto y flexible, capaz de abarcar de forma holística todos los riesgos a los que pueden verse sometidos los derechos tutelados, adaptarse a las características y situaciones propias de cada sector, actividad y empresa y modular el grado de intervención de los sujetos implicados en función de su posición y el nivel de influencia que posean sobre las entidades susceptibles de generar daños.

A la vez, la diligencia debida constituye una noción que, de la manera como aparece configurada en los Principios Rectores, se sitúa en condiciones de proyectar su aplicación hacia el entero espacio de los procesos globales de producción, superando las fronteras nacionales y las diferencias de personificación para incluir, con una clara vocación de aplicación extraterritorial, el conjunto

118 En palabras de V. BRINO, op. cit., pág. 67.

119 Se trata de un concepto importado del Derecho de Sociedades, aunque utilizado con anterioridad por la legislación medioambiental internacional. vid. B. LOEWE, *Etude sphère d'influence versus due diligence*, 2010, págs. 3-6, disponible en: https://www.diplomatie.gouv.fr/IMG/pdf/1_2PESP_1_Etude_sphere_dinfluence_versus_due_diligence_cle874ee9.pdf (última consulta el 1 de enero de 2019).

120 Vid. *supra* II.B.

121 Como destacaría M. MURGO en la intervención referida en *supra* nota 104.

122 Como apuntan I. DAUGAREILH, L. D'AMBROSIO y T. SACHS, "La ley francesa …", cit., págs. 115-116.

de entidades que se integran en las cadenas de valor de las empresas multinacionales. [123] Y que es capaz de favorecer una "interiorización" del lenguaje de los derechos humanos dentro de las políticas de gestión de las empresas de ámbito global, útil para estas en la medida en que les permite evitar verse involucradas en vulneraciones de los derechos humanos cometidas a lo largo de sus cadenas de producción, capaces de lesionar su reputación y buen nombre comercial ante los consumidores, los inversores y la sociedad en su conjunto. Lo cual no debe hacer olvidar, en todo caso, que su objetivo no es prevenir riesgos para la propia empresa, sino para los titulares de los derechos protegidos. [124]

El éxito fulgurante y la aceptación general alcanzados por la diligencia debida en los últimos años se explican, precisamente, a partir de la conjunción de estas cuatro propiedades, que le permiten satisfacer de manera simultánea la expectativa de la sociedad de contar con un mecanismo para la tutela global de los derechos humanos y el interés de las empresas de atender esa demanda y proteger sus intereses comerciales sin verse sometidas a estándares más precisos y exigentes y de mayor voltaje regulador.

Con todo, la aplicación de la diligencia debida, más aún en el ámbito de las relaciones de trabajo, plantea numerosas dificultades y se enfrenta a desafíos notables. El primero de ellos se relaciona con la necesidad de extender su aplicación al conjunto de la cadena de valor, incluyendo sus eslabones inferiores, en los que los riesgos se multiplican. [125] Esto exige, como se ha destacado, llevar a cabo una atenta labor de "decodificación" de sus componentes, [126] que permita a la empresa situada en el vértice identificar los riesgos para los derechos humanos laborales a los que pueden dar lugar las actividades de todos ellos y adoptar medidas adecuadas para impedir su materialización. Una tarea en extremo difícil, no solo debido a la volatilidad de las relaciones comerciales en este ámbito, sino porque requiere evaluar y controlar la actividad de terceros con los que no se

123 Se remite aquí a lo indicado en *supra* II.B, con alusión al Principio 13 y su comentario. A esta propiedad se refieren los autores citados en la nota anterior bajo el apelativo de "dimensión relacional" de la diligencia debida.

124 Como apuntan J. RUGGIE y J. SERMAN, "The Concept …", cit., pág. 924, con alusión al comentario al Principio 18, donde se indica que el objetivo de la diligencia debida es "comprender las consecuencias concretas sobre personas concretas en un contexto de operaciones concreto" y no gestionar los riesgos comerciales para la propia empresa. En la misma dirección, vid. O. MARTÍN-ORTEGA, "Human rights …", cit., pág. 56.

125 Como se apunta en OIT, *Documento temático* …, cit., pág. 78.

126 En la expresión utilizada por V. BRINO, *Diritto del Lavoro* …, cit., pág. 60.

mantiene una relación comercial directa [127] y de cuya existencia es posible incluso que no se tenga conocimiento.

La internalización de la diligencia debida dentro de las políticas empresariales requiere, por otra parte, desarrollar un enfoque profundo de las causas de los riesgos sobre los derechos protegidos, [128] que está en condiciones de poner en cuestión las políticas comerciales seguidas por muchas empresas en relación con sus proveedores y contratistas. Gran parte de las vulneraciones de los derechos laborales, especialmente en las cadenas de valor lideradas por compradores propias de los sectores manufactureros, encuentran su razón última en la aplicación de prácticas de compra predatorias, que imponen a los mismos precios, plazos y exigencias de calidad que hacen inviables desde el punto de vista económico o sumamente difíciles de respetar los estándares internacionales de trabajo decente. [129] O que incluso los impulsan a vulnerarlos. [130] Una adecuada implementación de los estándares de diligencia debida en materia de derechos humanos laborales hace necesario, desde este punto de vista, un compromiso de las grandes marcas con la sostenibilidad económica de las condiciones laborales cuyo cumpliendo exigen a sus colaboradores, que está en condiciones de entrar en conflicto con sus intereses comerciales, al exigirles un replanteamiento del diseño de su modelo habitual de negocio.

---

127 Según destacan, R. McCORQUODALE, L. SMIT, S. NEELY y R. BROOKS, "Human Rights Due Diligence in Law and Practice: Good Practices and Challenges for Business Enterprises", *Business and Human Rights Journal*, 2017, núm. 2, pág. 222.

128 R. MARES, "Securing human …", cit., págs. 37 y 41, poniendo de relieve la necesidad de un enfoque de la "causa raíz" de las violaciones de los derechos humanos que aborde los problemas en su origen y la vinculación de este enfoque con los Principios 13 y 19.

129 Nuevamente, R. MARES, op. cit., pág. 43, con referencia a las prácticas de compra de las grandes marcas que "exprimen" a los proveedores con exigentes condiciones contractuales en materia de precios, tiempos de entrega y calidad, hasta el punto que estos deciden recortar gastos e infringir los derechos de los trabajadores, e indicando que estas prácticas constituyen un factor de riesgo profundo que esas marcas introducen en su cadena de suministro. En la misma dirección, vid. M. ANNER, J. BAIR y J. BLASIT, "Toward Joint Liability in global Suply Chains: addresssing the root causes of Labour Violations in Internacional Subcontracting Networks", *Comparative Law and Policy Journal*, 2013, núm. 1, especialmente pág. 3, destacando que estas prácticas son el resultado predecible del modelo de negocio basado en la externalización de la producción a través de redes de subcontratación altamente flexibles, volátiles y sensibles a las diferencias de costes que impera en numerosos sectores de la economía globalizada.

130 Para el estudio de un caso especialmente relevante, vid. M. ANNER, "Prácticas de compra predatorias en las cadenas mundiales de suministro de la industria de la confección: tensión en las relaciones laborales en la India", *Revista Internacional del Trabajo*, 2019, núm. 4, págs. 761-787.

Es importante indicar, finalmente, que el carácter procedimental de las reglas en materia de diligencia debida, a despecho de sus indudables ventajas, se encuentra también en condiciones de propiciar –o al menos facilitar– un cumplimiento puramente formal, simbólico o cosmético de sus exigencias. [131] Es decir la adopción de medidas y políticas empresariales que exhiben todos o algunos de sus elementos con el propósito de dar la impresión de que se está actuando, pero que no están en condiciones de alcanzar en la práctica el objetivo que con ellas se pretende. Es decir, la reducción o eliminación de los potenciales efectos adversos para los derechos humanos de las actividades empresariales. [132]. Este es un riesgo común a todos los sistemas de reglamentación basados en procesos, a través de los cuales se trata de aprovechar la capacidad de los actores para autorregularse ante la dificultad de conseguir resultados tangibles recurriendo a fórmulas más prescriptivas o basadas en resultados. [133] Más aún cuando, como ocurre en el caso de la diligencia debida, al menos conforme al diseño de los Principios Rectores, dichos sistemas recurren a un lenguaje abierto, pero por eso mismo ambiguo e impreciso, centran su enfoque en el proceso antes que en los resultados y no prevén consecuencias claras ni responsabilidades precisas por su incumplimiento o por los daños que este pueda ocasionar. El riesgo de que "el proceso triunfe sobre el resultado" y que la diligencia debida termine por convertirse en un inútil ejercicio formal de "marcar casillas" (*tick box approach*) es entonces elevado, al no tener las empresas incentivos ni motivaciones suficientes para llevar a cabo un cumplimiento real y efectivo. [134]

Lo anterior supone que, para que esté en condiciones de cumplir de forma plena su función de garantía, el enfoque general de la diligencia debida proporcionado por los Principios Rectores necesita verse complementado por la fijación de estándares claros, detallados y evaluables, así como por el reconocimiento de un efectivo derecho de participación de las partes interesadas, en este caso los trabajadores que intervienen en las cadenas globales de valor y sus representantes a todos los niveles, en el diseño, la implementación y el control de las medidas

131 Como apuntan, utilizando los dos últimos términos indicados, R. MARES, op. cit., pág. 13, e I. LANDAU, "Human Rights due diligence and the risk of cosmetic compliance", *Melbourne Journal of International Law*, 2019, pág. 223.

132 Nuevamente, I. LANDAU, op. cit, pág. 223.

133 De allí que sean frecuentes, por lo que al ámbito laboral se refiere, en los terrenos de las políticas públicas en materia de seguridad y salud en el trabajo y protección de la discriminación en el empleo, como destaca la autora citada en la nota anterior, loc. cit.

134 De acuerdo con la aproximación realizada por I. LANDAU, op. cit., págs. 234-238.

correspondientes, que haga posible que estas tengan "agarre" a la vida real. A lo cual es preciso añadir, como indispensable complemento, la atribución de consecuencias jurídicas, especialmente en materia de responsabilidad, a la falta de cumplimiento o el cumplimiento deficiente de los deberes de prevención que la puesta en práctica de cualquier proceso de diligencia debida exige, que sirva para disuadir y sancionar a las empresas que pretendan desertar de su puesta en práctica. [135] De allí la importancia de la aprobación de normas que, con carácter complementario a los Principios Rectores, favorezcan una mayor juridificación de la noción de diligencia debida y el establecimiento de un vínculo más claro entre su ausencia y la responsabilidad de las empresas encargadas de ponerla en práctica. Una praxis que empieza a producirse y que resulta de gran importancia, toda vez que muy probablemente el comportamiento de las empresas solo evolucione hacia un mayor respeto de los derechos humanos de contenido laboral si se incrementa su responsabilidad por diversos medios. [136]

IV. RETOS DE FUTURO DEL NUEVO DERECHO

El análisis desarrollado en las páginas precedentes ha servido para poner de relieve los rasgos y elementos característicos del nuevo modelo de regulación del trabajo en las cadenas mundiales de valor que, sin una programación previa, viene edificándose como resultado de la combinación de una variedad de intervenciones de distinto nivel, todas encaminadas a tratar de colmar los vacíos de regulación y los déficit de gobernanza generados por el despliegue de la economía global. De la mano de estas intervenciones, la garantía de una base de condiciones laborales justas en el espacio de los procesos globales de producción está dejando de ser una utopía o una posibilidad de incierta o deficiente plasmación, para convertirse en una realidad en construcción. Una realidad en construcción respecto de cuya consolidación, además, es posible mantener un punto de vista razonablemente optimista a partir de la expectativa de aprobación de importantes instrumentos que contribuirán a declinar en clave vinculante sus más relevantes características. [137]

135 Ambas son recomendaciones realizadas, una vez más, por I. LANDAU, op. cit., págs. 240-243, cuya aportación resulta aquí fundamental.

136 Como sostiene A. TREBILCOCK, "El desastre …", cit., pág. 621. En la misma dirección, a partir de la prevención del cumplimiento cosmético, I. LANDAU, op. cit., págs. 243-245.

137 Me refiero a las intervenciones de ámbito internacional, comunitario y nacional de las que se ha dado cuenta en *supra* II.C, que conducen a una mayor expectativa de avances que la que podía esperarse no mucho tiempo atrás, de la que son expresión, por ejemplo,

Un nuevo sistema de gobernanza policéntrica del mundo del trabajo, de base híbrida y regulación multinivel, y por su intermedio un nuevo Derecho Transnacional del Trabajo, están emergiendo, así, de manera cada vez más perceptible, no como expresión de la actuación de una única entidad reguladora global, sino de la confluencia de todas esas intervenciones. Este es un sistema con capacidad efectiva, según hemos visto, para servir de sostén a una base de derechos susceptible de ser aplicada de manera uniforme al trabajo prestado al interior de los procesos globales de producción, superando las limitaciones territoriales y de personificación que han venido lastrando la aplicación del Derecho del Trabajo nacional e internacional.

Reforzar esta aptitud, sin embargo, requiere de intervenciones al menos en las cuatro direcciones que se presentan a continuación.

A. El desarrollo de fórmulas efectivas de participación individual y colectiva de los trabajadores

La potenciación de la participación de los trabajadores, tanto a nivel individual como colectivo, representa el primer desafío al que se enfrenta la construcción de mecanismos eficaces de control de las condiciones de trabajo de las cadenas mundiales de valor. Pasar de un modelo vertical y elitista de gobernanza, centrado en la protección del interés reputacional de las empresas, a otro de empoderamiento de los trabajadores y sus organizaciones, constituye una necesidad a los efectos de conjurar tres de los más relevantes riesgos a los que, como hemos podido comprobar, está sujeta la puesta en práctica de sistemas de garantía de los derechos humanos laborales basados en la aplicación del principio de diligencia debida.

El primero se relaciona con la posibilidad de que estos sistemas sean diseñados teniendo en cuenta exclusivamente los intereses de las empresas, de forma que busquen hacer frente solo a las vulneraciones de mayor impacto negativo sobre su imagen, en lugar de atender de manera prioritaria a los intereses de los trabajadores titulares de esos derechos. A su lado se encuentra el riesgo del

---

las observaciones de V. BRINO, *Diritto del Lavoro* …, cit., pág. 174, en el sentido de que nos encontramos ante un proceso "sin un final claro", o de M. MURGO, *Global value* …, cit., pág. 249, de que este no es objeto aún de "un aterrizaje definitivo". Esta visión es también la que aparece reflejada en mi estudio "Las cadenas mundiales …", cit., págs. 76-77.

recurso a fórmulas puramente cosméticas de supervisión, incapaces de alcanzar un resultado eficaz. Y también la dificultad de llegar a los distintos eslabones de las cadenas de valor, con sus distintas ubicaciones y niveles, asegurando una prevención eficaz en todos ellos.

Estos son todos riesgos en relación con los cuales el impulso de una política de promoción de la implicación de los trabajadores, bien impulsada *motu proprio* por las empresas o bien impuesta desde fuentes heterónomas, está en condiciones de actuar como un eficaz antídoto.

No debe perderse de vista que solo una efectiva participación de los trabajadores es capaz de solventar el conflicto de intereses que puede producirse cuando el diseño de los mecanismos de control recae únicamente sobre las empresas y garantizar que el mismo se corresponda con sus necesidades de tutela. [138] A la vez, constituye un incentivo muy importante para que las empresas se aseguren que esos mecanismos son verdaderamente capaces de lograr sus objetivos, al proporcionarles información del mayor relieve para el aprendizaje y la mejora. [139] Esa participación es, en fin, capaz de permitir un control más eficaz y fiable del respeto de las condiciones de trabajo exigidas a lo largo de toda la cadena de valor. Algo que no se encuentra al alcance de las fórmulas de auditoria social al uso, basadas en la realización de visitas a los centros de trabajo de las empresas colaboradoras del primer nivel.

Esto es así, antes que nada, porque los trabajadores tienen un conocimiento directo de la realidad de las condiciones de trabajo, por lo que están en condiciones de actuar como los "ojos y oídos" de los sistemas de supervisión, [140] a los efectos de desvelar las vulneraciones que permanecen ocultas durante esas visitas. Pero también porque la participación de las organizaciones sindicales y el fomento de la coordinación entre ellas a todos los niveles está en condiciones de permitir que las vulneraciones cometidas en cualquier ámbito lleguen a conocimiento de la empresa principal a los efectos de que proceda a adoptar medidas correctoras. Además de constituir un instrumento de especial utilidad para la elaboración de los planes de mejora que puedan emprenderse.

138 Como apuntan O. OUTHWAITE y O. MARTÍN-ORTEGA, "Worker-driven monitoring. Redefining supply chain nonitoring to improve labour rights in global supply chains", *Competition & Change*, 2019, vol. 23/4, pág. 386. Las observaciones de estas autoras sobre el tema son fundamentales y se siguen en gran medida en la redacción del presente apartado.

139 I. LANDAU, "Human Rights …", cit., pág. 243.

140 Dicho con palabras de O. OUTHWAITE y O. MARTÍN-ORTEGA, op. cit., pág. 385.

Avanzar en esta dirección requiere construir sistemas de garantía de los derechos humanos laborales *centrados en los trabajadores e impulsados por estos y sus organizaciones*. [141] La puesta en marcha de estos sistemas, para los cuales existen ya experiencias capaces de servir de referencia, requiere de intervenciones en dos niveles.

En primer lugar, a nivel macro, la concertación de acuerdos marco con las organizaciones sindicales, preferentemente de ámbito internacional, que garanticen el ejercicio de la libertad sindical a lo largo de la cadena de valor y le atribuyan el papel de instrumento fundamental para asegurar el respeto de esos derechos, reconociendo a los representantes de los trabajadores de todos los ámbitos una serie de derechos instrumentales que les permitan un desarrollo eficaz de su labor de vigilancia, como pueden ser los relacionados con la recepción de información precisa sobre la composición de las redes de proveedores y contratistas, el acceso a los centros de trabajo de estos y su participación en los programas de mejora y las medidas correctoras a adoptar. [142] En segundo lugar, a nivel micro, el diseño de sistemas alternativos de supervisión, que sitúen en el centro a los trabajadores y sus representantes. Esto supone que estos últimos deberán pasar, de ser considerados meros sujetos pasivos de la aplicación de las medidas de control, a incorporarse a todas las fases de los correspondientes procesos. Desde su diseño, que incluye la participación en las estructuras de gobernanza y la fijación de las prioridades, los objetivos y los métodos de control, hasta su aplicación, en la que ha de entenderse comprendida su intervención en las inspecciones, los planes de corrección y los sistemas de solución de quejas y reparación de daños. Todo ello acompañado de la puesta en marcha de planes

141 De acuerdo con la propuesta realizada por las autoras referidas en la nota anterior, loc. cit. Los Principios Rectores reconocen de forma limitada la importancia de la participación de los grupos de interés, al referirla únicamente a las fases de diseño y seguimiento de los sistemas de control y no a su aplicación, como se deduce de lo indicado en los Principios 18 y 20.

142 El punto de referencia de referencia internacional viene marcado aquí por el Acuerdo Marco Internacional sobre Derechos Humanos y Laborales Fundamentales en la Cadena de Producción de Inditex, al que se ha hecho referencia en *supra* nota 34. Para un examen más detenido de este acuerdo, vid. A. BAYLOS GRAU, "La responsabilidad de las empresas transnacionales en los procesos de externalización. Las cláusulas sociales internacionales", en J. L. MONEREO PÉREZ (Dir.), *La externalización productiva a través de la subcontratación empresarial*, Comares, Granada, 2018, págs. 124-127; e I. BOIX LLUCH, "Intervención sindical en la cadena de valor de las empresas multinacionales para una eficaz aplicación de los compromisos de RSE: la experiencia de Inditex", en W. SANGUINETI RAYMOND, *La transnacionalización de las relaciones laborales*, Cinca, Madrid, 2015, págs. 117 y sigs. Presta también atención a este acuerdo, calificándolo como una *best practice* internacional, V. BRINO, *Diritto del Lavoro* …, cit., págs. 166-169.

de formación y de sistemas que protejan a los trabajadores del peligro de sufrir represalias. [143]

B. La consideración de la sostenibilidad económica de las cadenas mundiales de producción como un componente necesario de las estrategias de diligencia debida

Aún siendo importante, no parece que la mejora de las deficientes condiciones de trabajo imperantes en las cadenas mundiales de valor, dependa exclusivamente de la implementación de fórmulas eficaces y participativas de control sobre los proveedores y contratistas como las que acaban ser descritas. Como se ha anticipado, [144] estas condiciones encuentran su causa profunda en las prácticas de aprovisionamiento y las estrategias comerciales de las propias empresas, que compiten ferozmente entre sí dentro de la economía globalizada para satisfacer una demanda altamente variable y cada vez más exigente, localizada principalmente en los países de mayor desarrollo relativo, mediante la triple exigencia a sus proveedores de alta calidad y bajos costes, plazos reducidos de entrega y elevados niveles de flexibilidad. [145]

Este es un sistema que enerva en los hechos la efectividad de cualquier sistema de garantía de los derechos de los trabajadores, como los que estas empresas pueden haber puesto en marcha, en la medida en que impulsa a sus socios comerciales a ejercer una presión semejante sobre sus trabajadores, así como sobre otros empresarios, que no solo los conduce a mantener unas condiciones de trabajo muy limitadas, sino que puede inducirlos a vulnerar esos derechos de diversas maneras. Desde la imposición de salarios insuficientes u horas de trabajo excesivas, pasando por la falta de protección de su seguridad y salud o la vulneración de sus derechos a la libertad sindical y la negociación colectiva, hasta llegar, en casos extremos, situados por lo general en los niveles inferiores, a la explotación laboral infantil y el trabajo forzoso.

143 Se recoge aquí la propuesta de cinco elementos para la construcción de un nuevo marco para la vigilancia impulsada por trabajadores realizada por O. OUTHWAITE y O. MARTÍN-ORTEGA, op. cit., págs. 386-391, a partir de los elementos innovadores introducidos por el Acuerdo sobre la prevención de incendios y seguridad en la construcción en Bangladesh, al que se ha hecho referencia en *supra* nota 35.

144 En *supra* III.B.4.

145 De acuerdo con la descripción hecha en OIT, *El trabajo decente* …, cit., pág. 12.

En estos casos no parece que pueda ponerse en duda que, aunque estas empresas no provocan de manera directa con esas actuaciones un impacto negativo sobre los derechos humanos laborales, están "contribuyendo a provocar" a través de ellas que otros sujetos, como los empresarios que con ellos colaboran, lleven a cabo conductas contrarias a los mismos, como las descritas. [146] De allí que deba entenderse que la prevención de este tipo de actuaciones forma parte de la responsabilidad de las empresas de respetar esos derechos, reconocida por los Principios Rectores de las Naciones Unidas. [147] Y las compromete a poner en marcha procesos de diligencia debida encaminados a prevenir su materialización. Esto significa que para cumplir con este imperativo no basta con imponer el respeto de una base de derechos laborales a los componentes de la cadena de valor, si esta exigencia no viene acompañada de condiciones comerciales y prácticas de abastecimiento responsables, que hagan posible el mantenimiento de una relación estable y sostenible con aquellos, capaz de asegurar la viabilidad de esos derechos desde el punto de vista económico. O al menos no ponerla en cuestión. La diligencia debida en materia de derechos humanos comprende, desde este punto de vista, el *acompañamiento económico y comercial de las condiciones sociales exigidas a los proveedores*. Y veda, en consecuencia, cualquier práctica comercial capaz de poner en cuestión su viabilidad.

Pese a sus enormes dificultades, motivadas por la necesidad de traspasar la barrera, en apariencia infranqueable, de las exigencias del modelo de negocio de las grandes corporaciones, este es un entendimiento de los alcances de la diligencia debida que empezaría a abrirse camino con ocasión de la tragedia del edificio Rana Plaza de 2013, que dio lugar por vez primera a la introducción de *cláusulas reguladoras de las prácticas de compra* de las empresas en un acuerdo marco internacional, en este caso multilateral. [148] Y que luego encontraría continuidad

146 Como apunta N. BUENO, "Mutlinational enterprises …", cit., pág. 424, indicando cómo, de acuerdo con las Líneas Directrices de la OCDE, la contribución a la provocación de un impacto negativo debe interpretarse como una "contribución sustancial", por lo que debe tratarse de una actividad que "provoque, facilite o incite a otra entidad", en este caso a un proveedor, "a provocar un impacto negativo" (Comentario 14 a la parte II). Cosa que ocurre aquí con claridad.

147 De acuerdo con el Principio 13, que indica que la referida responsabilidad exige que las empresas "eviten que sus propias actividades provoquen o *contribuyan a provocar* consecuencias negativas sobre los derechos humanos" (la cursiva es mía).

148 Se trata del ya aludido Acuerdo sobre la prevención de incendios y seguridad en la construcción en Bangladesh, suscrito por más de dos centenares de empresas multinacionales conjuntamente con IndustriALL, UNI y ocho sindicatos locales, en el cual se estableció, además del deber de las empresas signatarias de financiar las actividades derivadas de su aplicación proporcionalmente a sus volúmenes de encargos, el compromiso de las mismas tanto de negociar condiciones comerciales

a través de algunas experiencias aisladas, como la iniciativa *Acción, Colaboración Transformación* (ACT), que reuniría a marcas, sindicatos y fabricantes para mejorar los salarios y las condiciones de trabajo en las cadenas de suministro del sector textil y de la confección mediante el desarrollo de la negociación colectiva respaldada por prácticas responsables de compra, [149] hasta alcanzar un ambiente más propicio para su desarrollo a partir de la crisis sanitaria de 2020, en la medida en que esta ha servido para poner de manifiesto la necesidad de reforzar la sostenibilidad económica y social de las cadenas de suministro, además de haber dado lugar a nuevas iniciativas de esta naturaleza. [150]

La adopción de medidas en tal dirección es, por supuesto, responsabilidad de las propias empresas, que pueden recurrir para ello a herramientas diversas. Desde la adaptación de sus políticas comerciales, pasando por el establecimiento de *sistemas de asociación estratégica con sus proveedores*, hasta llegar a la inclusión de cláusulas reguladoras de sus prácticas de compra en acuerdos marco suscritos con las organizaciones sindicales internacionales. Una opción que resulta especialmente plausible cuando pueda darse lugar a instrumentos multilaterales, capaces de evitar que los incrementos de costes ocasionados por su suscripción supongan una desventaja competitiva para sus suscriptores. [151] No debe descartarse, en fin, la posibilidad de que estas actuaciones puedan ser incentivadas o venir impuestas por los poderes públicos, en especial de los países sede de las grandes marcas. [152] Al fin y al cabo, como se ha afirmado con sentido crítico,

---

"que garanticen que es financieramente viable para la fábrica mantener los lugares de trabajo seguros" como de "mantener relaciones comerciales de externalización a largo plazo en Bangladesh", mediante la negociación de "volúmenes de pedidos comparables o superiores a los existentes el año anterior" al inicio del acuerdo y "como mínimo durante los dos primeros años de vigencia" de este. Sobre estas cláusulas y su importancia, vid. M. ANNER, J. BAIR y J. BLASIT, "Toward …", cit., págs. 27-28. Para un balance de su aplicación, A. TREBILCOCK, "El desastre …", cit., págs. 605-607.

149 Vid. I. BOIX LLUCH y V. GARRIDO SOTOMAYOR, "Proyecto ACT. Impulso global, sindical y empresarial, de negociación colectiva local", en W. SANGUINETI RAYMOND y J. BAUTISTA VIVERO SERRANO, *La construcción del Derecho del Trabajo de las redes empresariales*, Ed. Comares, Granada, 2019, págs., 389-401. Más información en https://actionlivingwages.com/

150 De las que se ha dado cuenta en *supra* nota 50.

151 Nuevamente, M. ANNER, J. BAIR y J. BLASIT, op. cit., pág. 29.

152 De hecho, así se encuentra previsto en el artículo 4.8 de la propuesta de directiva sobre la diligencia debida de las empresas aprobada por el Parlamento Europeo de 10 de marzo de 2021, a la que se ha hecho referencia en *supra* nota 42. De acuerdo con este artículo, "las empresas velarán", en el marco del establecimiento de una "estrategia de diligencia debida", "por que sus políticas de compra no causen ni contribuyan a causar efectos adversos potenciales o reales en los derechos humanos".

no solo estas últimas sino esos países y sus consumidores se benefician de los precios abusivamente bajos de los bienes elaborados en las cadenas globales de producción. [153]

C. La regulación de la responsabilidad de las empresas multinacionales

El establecimiento de una relación directa entre la negligencia en la identificación y prevención de los impactos negativos sobre los derechos protegidos y la responsabilidad por la materialización de estos constituye un elemento de fundamental importancia a los efectos de extender la aplicación del estándar de la diligencia debida más allá de los sectores y empresas sometidos a un alto riesgo reputacional, favorecer un enfoque profundo y orientado a los resultados de los procesos dirigidos a su aplicación y proyectar esta a toda la cadena de suministro.

Esto requiere, no obstante, superar la "posición minimalista" mantenida por los Principios Rectores en relación con la responsabilidad de las empresas líderes por las violaciones de los derechos humanos cometidas en esas cadenas. Un punto de vista de acuerdo con el cual la negligencia de estas empresas en la prevención de tales violaciones no sería suficiente por sí sola para comprometer su responsabilidad, ya que esta requeriría la demostración de que las mismas han sido cómplices de su realización. Es decir, que han colaborado a sabiendas con ellas o las han alentado. [154] Y no simplemente que han fallado en la elección y puesta en práctica de las medidas necesarias para evitarlas. [155]

Ha de tenerse presente que, de acuerdo con el enfoque de dichos principios, que aparece recogido también por las Líneas Directrices de la OCDE, [156] solo "provocar o contribuir a provocar" impactos adversos sobre los derechos protegidos, bien directamente o bien actuando sobre otro sujeto, reuniría las condiciones para dar lugar a la responsabilidad de las empresas, con la consecuente exclusión de la falta de diligencia en la prevención de aquellos impactos adversos que, aunque estas no hayan causado ni contribuido a causar, hubieran podido ser evitados gracias a su intervención o tengan una relación directa con

153 Como señala A. TREBILCOCK, "El desastre …", cit., pág. 612.

154 Vid. I. DAUGAREILH, L. D'AMBROSIO y T. SACHS, "La ley francesa …", cit., págs. 116-117.

155 A este efecto, que se deduce de la formulación y el comentario del Principio 17, se refieren también, denominándolo "brecha de responsabilidad" de los Principios Rectores, N. BUENO y C. BRIGHT, "Impementing human …", cit., págs. 793-794, entre otros autores.

156 De acuerdo con el comentario 43 a su parte IV.

sus operaciones, productos o servicios, debido a la existencia de una relación comercial con sus autores. Es decir, todas las vulneraciones no derivadas de su actuación, pero cuya prevención se encontraba a su alcance, así como aquellas que se produzcan al interior de sus cadenas de producción, por acción exclusivamente de sujetos sobre los cuales debían ejercer la diligencia debida, controlando su desempeño. Este sería el caso, por ejemplo, del empleo por un contratista de mano de obra infantil o de trabajo en régimen de servidumbre para fabricar los productos de una empresa, en contra de las condiciones contractualmente exigidas y sin que esta haya ejercido presión alguna sobre él, ni directa ni indirecta, para que lo haga. [157] Como es fácil de apreciar, este es un enfoque que no solo no está en condiciones de alentar la puesta en práctica de procesos de diligencia debida dotados de un real efecto preventivo, así como de promover la extensión de estos a todos los espacios de los procesos globales de producción, sino que es capaz de dar lugar a resultados contraproducentes desde ambas perspectivas.

Para superar esta dificultad se ha propuesto prescindir de los factores de atribución de responsabilidad implícitamente recogidos por los Principios Rectores, para prestar atención a un criterio extraído del tratamiento jurídico de la responsabilidad en los grupos de empresas, como es el relativo al control ejercido por la casa matriz sobre las sociedades que los conforman. En concreto, de lo que se trataría sería de extender la noción de control, derivada en el caso de los grupos de la propiedad sobre las sociedades que forman parte de estos o el control de sus órganos decisorios, al *control fáctico o de hecho* que están en condiciones de ejercer las empresas líderes de las cadenas de producción sobre sus proveedores y contratistas a través de mecanismos contractuales. [158] La responsabilidad por las vulneraciones de los derechos humanos se extendería, de acuerdo con este punto de vista, no solo a las hipótesis en que dichas empresas hayan ocasionado o contribuido a ocasionar un perjuicio a los derechos protegidos, respecto de las cuales resultarían de aplicación las reglas ordinarias en materia de responsabilidad civil extracontractual, sino también a las situaciones en que las mismas ostenten una posición de control sobre la entidad causante, con la sola excepción de los casos en que esas empresas puedan demostrar que

157 Conforme apuntan N. BUENO y C. BRIGHT, op. cit., pág. 792.

158 Nuevamente N. BUENO y C. BRIGHT, op. cit., especialmente pág. 816, a partir del análisis de la jurisprudencia internacional en materia de responsabilidad civil de las casas matrices de los grupos multinacionales por vulneraciones de los derechos humanos y atentados contra el medio ambiente cometidos por las sociedades que los integran, así como de la decaída Iniciativa Suiza sobre Empresas Responsables.

el perjuicio no podía haber sido evitado a través de la puesta en práctica de un proceso adecuado de diligencia debida. Con lo cual el control fáctico o de hecho, medido a partir de elementos tales como la valoración de la débil posición de mercado del socio comercial o el contenido de la relación contractual de lo vincula a la principal, operaría esencialmente como un elemento que conduciría a presumir la responsabilidad salvo prueba en contrario.

Aunque esta propuesta representa un importante avance frente al limitado punto de partida de los Principios Rectores, no está en condiciones de ofrecer una respuesta integral a los grandes desafíos que plantea, desde la perspectiva de la responsabilidad, la adecuada aplicación del estándar de la diligencia debida en el espacio de los procesos globales de producción. Entre otras razones, principalmente porque de tal modo quedan fuera de su radio de acción todas las situaciones en que no es posible entender que una empresa multinacional mantiene una relación de control sobre un contratista o proveedor, por ejemplo porque no es su único ni su principal cliente, pero se aprovecha de las condiciones ilícitas o peligrosas con las que este desarrolla sus actividades, sin ejercer sobre él una vigilancia adecuada ni tratar de evitar el daño. Además de los casos de los proveedores situados en los niveles inferiores de las cadenas de suministro, con los que la multinacional no tiene un vínculo contractual directo. De allí la importancia de fórmulas como las contenidas en la Ley francesa del deber de vigilancia o el borrador de instrumento jurídicamente vinculante de las Naciones Unidas sobre las empresas y los derechos humanos, que introducen innovadores regímenes de responsabilidad civil, de acuerdo con los cuales las empresas deberán responder por los daños que el desarrollo de una vigilancia adecuada habría podido evitar o por haber fallado en tomar medidas adecuadas, cuando deberían haber previsto el riesgo. [159]

Más allá de sus problemas de aplicación, que seguramente reclaman desarrollos y clarificaciones, estos son sistemas que aportan un claro punto de apoyo para la atribución de responsabilidad jurídica a la *empresa negligente* por los

159 De acuerdo, respectivamente, con el artículo 2 de la primera y el artículo 8.7 del segundo. Este último recoge, no obstante, un sistema híbrido, que combina el supuesto recién referido con otro vinculado con la existencia de una relación de control del tipo aludido en el texto principal, al indicar también que los Estados garantizarán que su legislación contemple la responsabilidad de las personas que realicen actividades empresariales por no prevenir que otra persona con la que tengan una relación comercial cause o contribuya a causar violaciones de los derechos humanos, "cuando aquellas controlen de hecho o de Derecho o supervisen a esa persona o la respectiva actividad causante de la violación".

daños causados también por las demás entidades de su cadena de valor, [160] como resulta necesario si queremos que la diligencia debida se sitúe en condiciones de cumplir a nivel global el rol preventivo que se le asigna. [161] El proceso de juridificación de este principio actualmente en marcha a diversos niveles debería, por ello, tener en cuenta esta clase de soluciones y avanzar hacia su recepción y perfeccionamiento.

D. La construcción de un sistema de gobernanza internacional

La puesta en marcha de un sistema de gobernanza internacional que se sitúe en condiciones de limitar el riesgo de fraccionamiento asociado al carácter policéntrico de sus fórmulas de construcción y la potencial incidencia de la competencia económica entre los Estados, constituye un cuarto y crucial desafío al que se enfrenta la edificación de la nueva disciplina jurídica del trabajo en las cadenas de valor. [162] Más allá de los avances que se vienen produciendo en todos los terrenos, la consolidación de esta precisa de nuevos instrumentos de ámbito internacional que contribuyan a trazar un camino que guíe la configuración de sus instrumentos y a evitar que el interés de los Estados de no afectar la capacidad competitiva de las empresas situadas en sus territorios limite las posibilidades de construir nuevas regulaciones que potencien su fuerza normativa. [163] Esta ha sido una función desempeñada inicialmente –y con gran eficacia– por los Principios Rectores de las Naciones Unidas, cuyo lanzamiento marco el pistoletazo de salida para la elaboración de sistemas integrados de regulación basados en la promoción de la diligencia debida, pero que requiere en la actualidad de fórmulas que sean capaces de trascender el carácter genérico y la limitada fuerza normativa de sus contenidos.

¿Cómo es posible avanzar en este camino?

160 I. DAUGAREILH, L. D'AMBROSIO y T. SACHS, "La ley …", cit., págs. 116-117.

161 De hecho, como apunta C. LÓPEZ HURTADO, "El proceso …", cit., pág. 64, en relación con el texto del borrador de tratado, el propósito es "establecer una regla de responsabilidad legal en relación con los niveles inferiores de las cadenas de suministro, en los cuales las empresas no necesariamente tienen una relación directa con el comprador principal".

162 Que sería destacado por M. R. FERRARESE en su intervención en el coloquio *Diritto del lavoro e catene globali del valore*, al que se ha hecho referencia en *supra* nota 101.

163 En este sentido N. BUENO, "Multinational enterprises …", cit., pág. 437: "cuando los Estados compiten entre sí por intereses económicos individuales, es poco probable que establezcan deberes exigibles mediante normas de responsabilidad para que las empresas multinacionales respeten los derechos laborales en el extranjero". Aunque reconociendo que la aprobación de la ley francesa del deber de vigilancia desmentiría este criterio.

Pese a que no contamos con una instancia global con capacidad para adoptar una regulación internacional de efectos vinculantes directos sobre los Estados y las empresas, como sería deseable, existen ahora mismo en marcha dos procesos dotados de una aptitud sucesivamente creciente para contribuir al encauzamiento y la potenciación de las dinámicas de construcción de una regulación transnacional de las relaciones de trabajo actualmente en marcha.

El primero de ellos es el ya aludido proceso de elaboración de un tratado jurídicamente vinculante dirigido a regular la relación entre las empresas, con especial atención a las multinacionales, y los derechos humanos, que viene desarrollándose en el seno del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Como ha habido ocasión de destacar, [164] uno de los rasgos más relevantes de este instrumento, en la que han ido profundizando sus sucesivos borradores, es su propósito de desarrollar los contenidos esbozados por los Principios Rectores, profundizando en sus líneas de acción y supliendo sus más destacadas carencias. A la vista de esta característica, es indudable que su aprobación, que ha recabado nuevos apoyos en la última etapa aunque dista aún de estar asegurada, no solo estaría en condiciones de dar lugar a una regulación de los procesos de diligencia debida de cumplimiento obligado para los Estados que opten por su ratificación, sino que se convertiría en portadora de un estándar internacional de referencia bastante más desarrollado que su precedente para la puesta en práctica por cualquier país de políticas e instrumentos reguladores de la diligencia debida en materia de derechos humanos, sin el cual no estarían en condiciones de recabar la autoridad de haber sido diseñados de acuerdo con el consenso internacional sobre la materia. Además de incrementar la presión sobre las empresas para que actúen de conformidad con dicho estándar y ofrecer más herramientas a los defensores del respeto de los derechos humanos en las cadenas mundiales de producción. [165]

De mayor relieve a esos efectos resulta, a pesar de su más limitado ámbito formal de aplicación, el proceso de elaboración de una iniciativa legislativa dirigida a regular las obligaciones de diligencia debida de las empresas en materia de derechos humanos que se viene desarrollando en el seno de la Unión Europea, al que se ha hecho referencia igualmente. [166] La trascendencia de esta iniciativa, dirigida a establecer una regulación común a ser desarrollada por los distintos

164 En *supra* II.C.

165 Como observa A. TREBILCOCK, "El desastre …", cit., pág. 620.

166 También en *supra* II.C.

Estados que la componen, a la sazón sedes de muy importantes empresas multinacionales, se vería sustancialmente potenciada en caso de que esta recogiese en su versión final la propuesta del Parlamento Europeo de que el cumplimiento de las obligaciones de diligencia debida actúe como "una *condición para el acceso al mercado interior*", exigible no solo a las empresas con sede en un Estado miembro, sino a todas las que, aunque "se rijan por el Derecho de un tercer país y no se encuentren establecidas en el territorio de la Unión", "operen en el mercado interior vendiendo bienes o prestando servicios". [167]

El hecho de que la reglamentación europea de la diligencia debida deba ser aplicada por todas las empresas extranjeras que decidan operar o vender sus productos en Europa favorece una ampliación exponencial de su ámbito potencial de actuación, puesto que determina que la mayor parte de las multinacionales del mundo, y no solo las europeas, deban controlar sus cadenas de valor siguiendo los estándares europeos si desean acceder al mayor mercado que existe. Esto es importante, por supuesto, para no situar a las empresas europeas en una situación de desventaja competitiva, con la consiguiente desincentivación de la puesta en práctica de soluciones dotadas de intensidad reguladora por los Estados. Pero, sobre todo, porque está en condiciones de conferir a dicha reglamentación un sorprendente *doble efecto extraterritorial*, de acuerdo con el cual esta termina siendo de aplicación no solo a las actividades de las multinacionales europeas en todo el mundo, sino también a las actividades de las multinacionales no europeas a nivel global.

Conviene no perder de vista que, como ha ocurrido con otras regulaciones de ámbito comunitario, como la de protección de datos, [168] ante la dificultad y los superiores costes de aplicar simultáneamente una diversidad de estándares de distinta intensidad reguladora a sus procesos productivos globales dependiendo del destino de sus productos, las grandes empresas de todo el orbe tendrán un importantísimo incentivo para aplicar a todos ellos aquel tratamiento de la diligencia debida que les permite acceder al mercado europeo, que es el más grande y con mayor capacidad adquisitiva que existe, incluso si es más estricto que el requerido en otros mercados. E incluso encontrarán en esta situación un significativo aliciente para demandar a sus Estados que promuevan regu-

167 De acuerdo con el considerando 10 y el artículo 2 de dicha propuesta, a la que se ha hecho referencia en *supra* nota 42.

168 Que viene siendo aplicada a sus actividades en todo el mundo por los grandes operadores globales, como Faceboock, desde el año 2016.

laciones equivalentes con el fin de no tener que competir en desventaja con el resto de empresas nacionales. Se trata del denominado "*efecto Bruselas*", [169] cuya consecuencia más relevante es la extensión de sus regulaciones, por lo general más exigentes, a las actividades de las empresas de dimensión global, con el consiguiente lanzamiento de una "carrera hacia la cima" (*race to the top*), que capaz, en nuestro caso, de elevar en todo el mundo los estándares de la diligencia debida sin necesidad de esperar a la improbable aprobación de una norma internacional de efectos directamente vinculantes, a partir exclusivamente del juego de las fuerzas del mercado, que están en condiciones de convertir por sí solas los estándares de la Unión Europea en estándares globales. [170] La aprobación de esta iniciativa constituiría, en virtud de ello, un paso de gigante en la difusión de la diligencia debida obligatoria a nivel global.

Debe indicarse, por último, que la adopción por la OIT de un convenio internacional dirigido a regular el trabajo en las cadenas mundiales de producción, estableciendo un piso de protección y regulando el contenido de la diligencia debida que los Estados deberán exigir a las empresas líderes en materia laboral, estaría en condiciones de representar un referente de primer orden, tanto para los Estados como para las empresas, por lo que a su dimensión laboral se refiere. En especial si a través de él se decide trascender el limitado núcleo de derechos especialmente protegidos por su Declaración de 1998 y se opta por fijar estándares claros de procedimiento y fórmulas de control basadas en la promoción de la participación de los trabajadores y sus organizaciones, así como por regular la introducción de mecanismos dirigidos a la atención de reclamaciones individuales y colectivas y la solución de controversias. Pese a su importancia, esta es una propuesta que seguramente tardará en hacerse realidad, si es que algún día lo hace, dada la falta de consenso que suscita actualmente en el seno de una organización de carácter tripartito como la OIT. [171]

---

169 Vid., ampliamente, A. BRADFORD, *The Brussels Effect. How the European Union Rules the World*, Oxford University Press, 2020.

170 La Unión Europea terminaría así por operar, también en el ámbito de la diligencia debida, como una superpotencia regulatoria, capaz de influenciar indirectamente las prácticas regulatorias de las empresas extranjeras de una forma más intensa que la de los propios Estados sede de estas, como apunta A. JIMÉNEZ BÁEZ, "Qué es 'el efecto Bruselas' y cuáles son sus implicaciones estratégicas", *Blog del Círculo de Análisis Euromediterráneo*, 25 de enero de 2021, disponible en: http://circuloeuromediterraneo.org/efecto-bruselas-ue-regulacion-facebook/ (última consulta el 6 de agosto de 2021).

171 La propuesta ha sido debatida desde 2016 en diversos espacios dentro de la organización y aparece recogida en el documento *La consecución del trabajo decente en las cadenas*

El balance de conjunto es, de esta forma, uno que nos alerta sobre las incertidumbres y dificultades a las que se enfrenta la construcción de una disciplina trasnacional de las relaciones de trabajo que se adapte a los rasgos asumidos por estas en la presente etapa. Pero que, a la vez, nos permite dar cuenta de los avances que vienen dándose en esa dirección, así como de la expectativa de que estos conducirán, tarde o temprano, a cambiar el rostro social de la globalización en el mundo que vendrá.

Salamanca, 7 de agosto de 2021

mundiales de suministro. Informe para el debate en la Reunión técnica sobre la consecución del trabajo decente en las cadenas mundiales de suministro, Ginebra, 2020 (núm. 170, pág. 54). No obstante, se ha encontrado con la oposición de la representación de los empleadores, compuesta por empresas de ámbito nacional, las más de las veces sujetas al control de las multinacionales, y no por estas últimas. Sobre este proceso y la importancia de un convenio que regule la materia, vid. I. BOIX LLUCH y V. GARRIDO SOTOMAYOR, "Por el trabajo decente en las Cadenas Mundiales de Suministros. Por un nuevo Convenio de la OIT para defenderlo", *Cuadernos de Información Sindical, 2019*, núm. 57, págs. 91-100.

APÉNDICE

Relación de participantes en el Grupo Internacional de Investigación sobre Comercio Internacional y Trabajo

1) ARGENTINA

- Gullermo Gianibelli, (Universidad de Buenos Aires) COORDINADOR
- Jorge Afarian (Universidad de Buenos Aires)
- Esteban Conti (Universidad Nacional de Rosario)
- Javier Delfino (Pontificia Universidad Católica Argentina)
- Luciano Doria (Universidad de Buenos Aires)
- David Duarte (Universidad de Buenos Aires)
- Victoria Flores Beltran (Universidad de Buenos Aires)
- Andrea Franconi (Universidad de Buenos Aires)
- Hebe García Borrás (Juez de Trabajo)
- Rocío de Hernández (Universidad de Buenos Aires)
- Francisco Iturraspe (Universidad Nacional de Rosario)
- Mariela Laghezza (Universidad de Buenos Aires)
- Diego Ledesma Iturbide (Universidad de Buenos Aires)
- Julieta Lobato (Universidad de Buenos Aires)
- Gastón López Argonz (Universidad de Buenos Aires)
- Álvaro Orsati (Relats)
- Guido Seren Novoa (Universidad de Buenos Aires)

2) BRASIL

- Tulio Oliveira Massoni (Universidade Federal de São Paulo) COORDINADOR
- Renato Bignami (Inspección de Trabajo de Brasil)
- Francesca Columbu (Universidad ePresbiteriana Mackenzie-CCT Campinas)
- Helio da Costa (Secretaria de Formação do Sindicato dos Metalúrgicos do ABC)

- José Eymard Loguercio (Centro Universitario IESB)
- Ricardo Framil Filho (Universidade de São Paulo)
- Leonardo Gomes Mello e Silva (Universidade de São Paulo)
- Sayonara Grilo (Universidade Federal do Rio di Janeiro)
- Catherine Rebouças Mota (Escola de Economia da Fundação Getúlio Vargas)
- Thiago Rodrigues Nogueira (Escola de Economia da Fundação Getúlio Vargas)

3) CHILE

- José Francisco Castro (Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social) COORDINADOR
- Reinardo Gajewsky Molina (Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social)

4) ESPAÑA

- Luis Gordo (Universidad Autónoma de Madrid) COORDINADOR
- Fernando Boró Herrera (Universidad Rey Juan Carlos)
- Eva María Blazquez Agudo (Universidad Carlos III de Madrid)
- Dulce Cairós Barreto (Universidad de La Laguna)
- Sergio Canalda Criado (Universidad Pompeu Fabra)
- Juan Escribano Gutiérrez (Universidad de Almería)
- Carlos De Fuentes García-Romero de Tejada (Universidad Complutense de Madrid)
- Antonio García-Muñoz Alhambra (Unversidad de Castilla-La Mancha)
- David Lantarón Barquín (Universidad de Cantabria)
- Nerea Magallón Elosegui (Universidad del País Vasco)
- Priscila Martín Vales (Universidad de Salamanca)
- Antonio Ojeda Avilés (Universidad de Sevilla)
- Daniel Péres Díaz (Universidad de Granada)

- Pablo Puente Martínez (Universidad de Salamanca)
- María Dolores Valdueza Blanco (Universidad Carlos III de Madrid)
- Anna Zerbi (Abogada)

5) FRANCIA

- Isabelle Daugareilh (Université de Bordeaux) COORDINADORA
- Luca d'Ambrosio (Université París I)
- Tatiana Sachs (Université Paris Nanterre)

6) ITALIA

- Enrico Gragnoli (Università di Parma) COORDINADOR
- Susanna Palladini (Università di Parma)
- Maria Giovanna Greco (Università di Parma)
- Stefano Corso (Università di Parma)
- Ilaria Bresciani (Università di Macerata)
- Guido Canavesi (Università di Macerata)
- Filippo Olivelli (Università di Macerata)
- Alessandro Boscati (Università di Milano)
- Caterina Timellini (Università di Milano)
- Alessandra Sartori (Università di Milano)
- Matteo Corti (Università Cattolica di Milano)
- Antonio Di Stasi (Università Politecnica delle Marche)
- Laura Torsello (Università Politecnica delle Marche)
- Alessandro Giuliani (Università Politecnica delle Marche)
- Antonello Olivieri (Università di Foggia)
- Loredana Ferluga (Università di Messina)
- Vania Brino (Università di Venezia)
- Valentina Cagnin (Università di Venezia)
- Marco Ferraresi (Università di Pavia)
- Michele Murgo (Università di Pavia)
- Maria Dolores Ferrara (Università di Trieste)

7) PAÍSES DE EUROPA DEL ESTE

- Charles Szymanski (Vytautas Magnus University – Lituania) COORDINADOR
- Viktor Gotovac (University of Zagreb - Croacia)
- Martin Bulla (Trnava University - Eslovaquia)
- Andrea Olsovska (Trnava University - Eslovaquia)
- Jakub Stelina (University of Gdansk - Polonia)
- Marta Zbucka-Gargas (University of Gdansk - Polonia)
- Monica Gheorghe (Lucian Blaga University - Rumanía)

8) PERÚ

- María Katia García Landaburu (Pontificia Universidad Católica del Perú) COORDINADORA
- Miguel Canessa (Consultor OIT)
- Carlos López Hurtado (Comisión Internacional de Juristas)

9) URUGUAY

- Amalia de la Riva (Universidad de la República) COORDINADORA
- Magdalena Baz Vilizzio (Universidad de la República)
- Marcelo Dufey (Universidad de la República)
- Daniela García (Universidad de la República)
- Marcelo González (Universidad de la República)
- María José Vallejo (Universidad de la República)

10) OTROS PARTICIPANTES

- Nicolás Bueno (University of Zurich)
- María Teresa Carinci (Università di Milano)
- Luisa Corazza (Universitá del Molise)
- Jean-Michel Servais (Profesor Invitado, Universidad de Gerona, Presidente de honor de la SIDTSS, Exdirector de la OIT)

NUEVOS RETOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL

NEW CHALLENGES OF SOCIAL SECURITY

Prof. Dr. iur. Kurt Paerli
Faculty of Law, University of Basel, Switzerland (Chair)

Prof. em. Masahiko Iwamura
University of Tokyo, Japan (Chair)

Thanks to the Members of the Research Group:

Sara Bagari, MLaw, University of Ljubljana, Slovenia
Prof. Lucas Bento De Carvalho, University of Montpellier, France
Dr. Audrius Bitinas, University of Vilnius, Lithuania
Dr. Quentin Detienne, University of Liège, Belgium
Dr. José Luis Dodera Cabrera, Universidad del Trabajo del Uruguay &
Facultad de Derecho de la Universidad de la República, Montevideo, Urugay
Prof. Yves Jorens, University of Ghent, Belgium
Prof. Bok-gi Kim, Law School of Seoul National University, South Korea
Dr. Viviana López Dourado, Facultad de Derecho de la Universidad
de la República, Montevideo, Uruguay
Dr. Adriana López López, Facultad de Derecho de la Universidad
de la República, Montevideo, Uruguay
Prof. Elena Machulskaya, Moscow State Lomonosov University, Russia
Ass. Prof. Luka Mišič, PhD, University of Ljubljana, Slovenia
Prof. Dr. rer. publ. Lorena Ossio, Universidad Católica Boliviana - MPISOC
Max Planck Institute for Social Law and Social Policy, Muenchen, Germany
Ass. Prof. Vida Petrylaitė, University of Vilnius, Lithuania
Dr. Fabián Pita, Facultad de Derecho de la Universidad de la República,
Montevideo, Uruguay
Ass. Prof. Álvaro Rodríguez Azcúe, Facultad de Derecho de la Universidad
de la República, Montevideo, Uruguay
Dr. Jorge Rosenbaum Rimolo, Facultad de Derecho de la Universidad
de la República, Montevideo, Uruguay
Dr. Gabriel Salsamendi, Facultad de Derecho de la Universidad
de la República, Montevideo, Uruguay
Dr. Sophie Selusi, University of Montpellier, France
Prof. Dr. Grega Strban, University of Ljubljana, Slovenia
Prof. Marcelo Leonardo Tavares, State University of Rio de Janeiro, Brasil

In collaboration with:

Bettina Fischer, MLaw, Faculty of Law, University of Basel
Lale Andreani, stud. iur., Faculty of Law, University of Basel

Basel - Tokyo, September 2021

NEW CHALLENGES OF SOCIAL SECURITY

KURT PAERLI

Professor of Private Social Law, University of Basel. He has studied in social work and law in Bern, Freiburg and St. Gallen (1985-1988 and 1995-2003), dissertation with Prof. Dr. Thomas Geiser (University of St. Gallen) on the subject of "Data exchange between employer and insurance" (summa cum laude), habilitation at the University of St. Gallen on the subject of "Freedom of contract, equal treatment, and discrimination in private employment". Venia Legendi for labor and social security law.

I. INTRODUCTION

To prepare this report, the members of the Working Group «New Challenges of Social Security»[1] were contacted and asked to consider what issues related to Covid-19 with implications for social security law seemed germane to them. Obviously, we agreed that the impact of the Covi-19 crisis should be the main subject of the report. The relevant social security law issues may have been already present before or exacerbated by the crisis as well as they may have newly emerged as a result of Covid-19 and now require appropriate resolutions. The representatives of the various countries were asked to make a concrete and substantial contribution regarding their countries on the topic they had selected. In total, twelve members of the Working Group provided a comprehensive report on the relevant social security law issues related to Covid-19. While compiling the articles of the different countries, several additional questions emerged, which is why some of the members of the Working Group were asked to give a further assessment of the specific topics in order to complete the report.

To supplement this report, further studies from other countries were considered. For this purpose, the special issue from Noticias Cielo[2] concerning the social consequences of Covid-19 in the form of a comparative law overview was consulted. Based on this contribution, reports from 34 countries, partly overlapping with the countries of the twelve members of the Working Group, could be reviewed. Where information from these reports has been included, the source is indicated in the footnotes below the text. In order to complete the last open questions, especially regarding the assistance provided by self-employed persons, the report was further refined with a general research. We used scientific publications and reports from international organisations.

This report first describes different policies from different international organizations as responses to Covid-19. Furthermore, it illustrates the financing tests or vaccinations and the loss of earnings in the event of quarantine through

1 Members of Research Group «New Challenges in Social Security».

2 https://mailchi.mp/cielolaboral/noticias-cielo-no-532172?e=933b929ef2

social security. Moreover, it describes the short-time work and unemployment benefits in the different countries and finally ends with a short reflection and conclusion. Special attention will also be paid to the social protection of the self-employed (during the pandemic).

II. POLICIES FROM INTERNATIONAL ORGANIZATIONS

Many organizations were quick to respond to everything related to Covid-19 in the context of the social security law. In this report, however, attention is paid only to those contributions that have a certain topicality, what means, they were published at the end of the last year or preferably this year. As a result, this text focuses mainly on the reports about the second and now impending third wave.

The ILO highlights the pandemic's ongoing and devastating impact on jobs and incomes, as well as the labour market disruptions caused by Covid-19. In response, policymakers must maintain support for jobs and incomes in the coming months and well into 2021, maintaining the key challenges of getting the balance and sequencing of health, economic, and social policies right. Policies must provide the maximum support to vulnerable and hard-hit groups, including migrants, women, young people and informal workers.[3] Restoring solid and sustainable growth in national income is a necessary but not sufficient condition for successfully overcoming the crisis, especially given the very different impacts on different employment categories, socio-economic groups, sectors and regions. Policymakers must address income losses, devote international attention to measures to support poorer countries, protect those vulnerable populations, incorporate a balanced sectoral policy dimension into recovery strategies, and promote the social dialogue.[4] The crisis has revealed gaps in existing social protection systems due to problems inherent in today's world of work, particularly with regard to increasing precarious employment and growing inequality. Social security systems should effectively guarantee access to health care and income security for the entire population. Income security should be available in all situations of income loss, including involuntary reduced hours, unemployment, illness (including quarantine) and increased family responsibilities. Social security should be extended to workers in all types of employment,

3 ILO Monitor, Covid and the world of work. Sixth Edition, 23 September 2020.

4 ILO Monitor, Covid and the world of work. Seventh Edition, 25 January 2021.

including atypical employment. It is important to ensure a well-informed social dialogue as an important and effective mechanism to formulate social security responses to the Covid-19 crisis.[5]

The Council of the EU issued, that policy measures should be tailored to country-specific circumstances and be timely, temporary and targeted. Member States should continue to coordinate actions to effectively address the pandemic, support the economy and promote a sustainable recovery. As soon as the pandemic and economic situation allow, the emergency measures should be phased out while addressing the impact of the crisis on society and the labour market.[6] The motto is securing employment and income for all, the workers must be considered a priority. Deeper institutional and policy reforms are needed to strengthen recovery and build resilience through robust and universal social protection systems, that can act as automatic economic and social stabilisers in the event of a crisis. Special attention and measures are also needed for groups outside the labour market who are already experiencing poverty.[7]

The UN urgently recommends further action to limit transmission of Covid-19 and ensure access to care for Covid-19 patients to reduce deaths. It is about strengthening national and global pandemic preparedness and striving for healthy societies in the future. Universal health coverage is built on the foundations of equity and can be a powerful social equalizer if countries move quickly and equitably to full population coverage. It has proven to be a catalyst for economic growth, benefiting individuals, families, communities, businesses and economies. Good health is both an outcome and a driver of economic and social progress.[8] A WHO factsheet suggests that general gaps still need to be addressed to achieve poverty and income inequality reduction targets. The following two policy responses to the pandemic stick out as candidates for a long-lasting change in the European health systems: breaking the link between

5 ILO, Assessment of the Social Security Responses to Covid-19, 2021.

6 Communication from the commission to the council; One year after the COVID-19 outbreak - the fiscal policy response, 2021.

7 European Economic and Social Committee, Resolution on the «EESC proposals for reconstruction and economic recovery after the Covid-19 crisis: 'The EU must be guided by the principle that it is a community of destiny'» based on the work of the Subcommittee on Economic Recovery and Reconstruction after the Covid-19 Crisis, 2020.

8 UN, Policy Brief: Covid-19 and the universal health coverage, October 2020.

entitlement to health care and payment of contributions and excluding poor people and people with chronic conditions from co-payments.[9]

III. FINANCING OF THE COSTS FOR TESTS / VACCINATIONS AND LOSS OF EARNINGS IN THE EVENT OF QUARANTINE BY THE SOCIAL INSURANCE FUNDS (EACH EMPLOYEE + SELF-EMPLOYED PERSON)

1. Financing of tests and vaccinations

In order to effectively combat the pandemic and its consequences, many countries have relied on a pronounced testing and vaccination strategy. In this context, the immediate question arises as to who has to bear these costs.

In principle, the costs of vaccination do not have to be carried by the patient. In certain countries, the costs are covered by social security (e.g. in Korea[10], where social security covers at least 70% and government takes care of the remaining payment). Meanwhile, other countries cover the costs of vaccinations through the government, as for instance Lithuania[11], Slovenia[12] and Japan.[13] In other countries like France, vaccination is free for all, because the government considers that no one should give up vaccination or financial reasons.[14] In Uruguay, the costs of vaccination are also paid by the state.[15]

Regarding testing, different approaches can also be found. Again, in general, the tests do not have to be paid for by the individual. This applies at least to the extent to which the tests are medically indicated and not used for recreational trips or similar. The government bears the costs for instance in Slovenia and Korea,[16]

9 WHO, Covid-19: a stark reminder of the importance of universal health coverage, 11-12-2020.

10 Bok-gi Kim, E-Mail from 26.4.2021 regarding «The Social Security Response to COVID-19 in Korea».

11 Audrius Bitinas, E-Mail from 21.4.21 regarding «Occupational pensions in Lithuania: regulation and problems».

12 Luka Mišič, E-Mail from 28.4.2021 regarding «COVID-19 Related Measurers in the Field of Social Law Adopted in Slovenia».

13 Masahiko Iwamura, E-Mail from 8.5.2021 regarding «Replacement Incomes Introduced Due to Economic Impacts of COVID-19 in Japan».

14 Sophie Selusi, E-Mail from 18.6.2021 regarding «Addition to the Report».

15 Àlvaro Rodrìguez Azcùe, Mail from 21.6.2021 regarding «Additions to the Report».

16 Luka Mišič, E-Mail from 28.4.2021 regarding «COVID-19 Related Measurers in the Field of Social Law Adopted in Slovenia»; Bok-gi Kim, E-Mail from 26.4.2021 regarding «The Social Security Response to COVID-19 in Korea».

while in Belgium and Uruguay the health insurance fund covers the costs.[17] In Uruguay the Ministry of Public Health then reimburses them the costs, what means, that the cost of Covid-19 testing is borne entirely by the State.[18] Japan, for example, takes a middle course and shares the costs between the government and the health insurance fund; the latter pays 70-90% depending on the age and annual income of the person concerned.[19] In Belgium the competence in care and health/wellbeing and prevention falls within the regional competences which leads to the regions paying for the costs within the framework of their budget.[20] In France, PCR and antigenic tests are fully covered for everyone. The coverage does not depend on the reason for requesting the test.[21]

2. Financing of loss of earnings in quarantine cases or in the context of childcare during school closures

Many countries faced new problems during the Covid-19 pandemic, especially when workers were unable to attend work due to an ordered quarantine. This circumstance is to be distinguished from workers having to stay at home due to illness (isolation). Where measures against the coronavirus included school closures, issues also arose about how to deal with working parents who had to stay at home for childcare.

Most of the countries provide some form of benefit for a loss of income during an ordered quarantine or if a parent cannot attend work while taking care of his child, whether it be in the sense of daily allowance, paid leave, unemployment benefit, sickness benefit or benefits in any other form. In certain countries the benefits were issued directly to the individuals while in others the benefits were paid to the employers which were therefore able to pay their employees.

Whatever the form of the benefit, the question for self-employed workers was whether they were also included in these benefits. The regulations were

17 Yves Jorens, E-Mail from 23.4.2021 regarding «Belgian Social Security Facing the Coronavirus Crisis»; Álvaro Rodríguez Azcúe, E-Mail from 21.04.2021 regarding «Measures Taken in the Uruguayan Legal System to Adress the COVID-19 Pandemic from the Perspective of Social Security Law».

18 Àlvaro Rodrìguez Azcùe, Mail from 21.6.2021 regarding «Additions to the Report».

19 Masahiko Iwamura, E-Mail from 8.5.2021 regarding «Replacement Incomes Introduced Due to Economic Impacts of COVID-19 in Japan».

20 Yves Jorens, E-Mail from 23.4.2021 regarding «Belgian Social Security Facing the Coronavirus Crisis».

21 Sophie Selusi, E-Mail from 18.6.2021 regarding «Addition to the Report».

often extended to allow the self-employed access to said benefits. However, this is not the case everywhere; for instance, in Japan, where self-employed workers do not get a cash benefit in case of an ordered quarantine.[22] Further, in Korea employed workers can apply for family care leave and get supported by the government whereas a self-employed parent does not have any specific options other than receiving general compensation or support such as child allowance or children's care coupons.[23] In Uruguay, self-employed workers have whether the right to access any benefit in the event of mandatory quarantine, nor in the case that they cannot work due to attending family care tasks.[24]

Even though in various countries benefits have been extended and made available to the self-employed, the conditions and the precise provisions often differ from those applicable to the employed. Self-employed persons forced to quarantine in Lithuania only get access to a benefit if they are formally registered as being self-employed and their business (in case of a legal entity) is not bankrupt or insolvent.[25] It is necessary to be covered under mandatory sickness insurance, which is not always the case for self-employed. In France parents who are unable to telework, will be able to benefit from a replacement income from the first day of their work stoppage, and at the latest until the end of the isolation period. This also applies to self-employed workers and contractual workers under public law, so that they will benefit from daily allowances after having filed their declaration on the platform.[26]

The pandemic has demanded constant adaptation and finding new solutions, while taking into consideration as many people as possible. While Slovenia initially has not included the self-employed in its support scheme, self-employed are now covered by their fifth anti-corona package of October 23 2020 by having access to compensation benefits.[27]

22 Masahiko Iwamura, E-Mail from 8.5.2021 regarding «Replacement Incomes Introduced Due to Economic Impacts of COVID-19 in Japan».

23 Bok-gi Kim, E-Mail from 26.4.2021 regarding «The Social Security Response to COVID-19 in Korea».

24 Àlvaro Rodrìguez Azcùe, Mail from 21.6.2021 regarding «Additions to the Report».

25 Charles Szymanski & Gertruda Cepulyte, Labour Law and the Covid-19 pandemic: Lithuanian responses, p. 3.

26 Sophie Selusi, E-Mail from 18.6.2021 regarding «Addition to the Report».

27 Sara Bagari, E-Mail from 9.5.21 regarding «COVID-19 Related Measurers in the Field of Social Law Adopted in Slovenia».

In Belgium the support in cases of quarantine or school closures is provided by the system of unemployment benefits. To fit the current situation, the so-called «bridging benefit», a kind of unemployment benefit for self-employed in cases of bankruptcy etc., was expanded. To receive compensation the work has to be interrupted for at least seven days while working from home must be impossible.[28]

IV. SHORT-TIME WORK AND UNEMPLOYMENT BENEFITS (EACH EMPLOYEE + SELF-EMPLOYED PERSON)

1. Employee

The EU provided support for short-time work and temporary lay-offs for the first time in the context of the economic financial crisis in 2007/2011 and were now further attenuated and extended (Poland, Lithuania, Hungary, Greece). Often the State guarantees that eventual reductions in wage are avoided: employees can keep their standard of living and are still able to spend money so that the economy will not shrink even further; for employers redundancy costs are avoided with a clear shift from employers to the State; for the State short-time work is often less expensive than paying unemployment benefits; employers obtain a great flexibility in arranging the employment situation of their employees and are able to adapt to economic fluctuations.[29] The Commission's policies culminated in EU Regulation 2020/672 of 19 May on establishing a European temporary support instrument to mitigate the risks of unemployment in an emergency (SURE) following the outbreak of Covid-19 and which establishes a reinsurance mechanism, a line of financing to Member States to prevent unemployment with a total budget of €100 billion. A line intended, as its art. 1 underlines, to finance «principally, short-time working schemes or similar measures designed to protect employed and self-employed workers and thereby reduce the incidence of unemployment and income loss», as well as, «on an ancillary basis, certain health-related measures, in particular in the workplace».[30]

28 Quentin Detienne, Fabienne Kéfer, Belgian Social Security Facing the Coronavirus Crisis, p. 8.

29 Yves Jorens (Ghent University, Belgium)/Grega Strban (University of Ljublijana, Slovenia), Contemporary Legal and social Challenges, pp. 5 ff.

30 David Lantaron Barquin, Union Europea, pandemio y relaciones de trabajo, pp. 5.

In Spain and Finland, the implementation procedure and the employee consultation period were shortened or in some countries the system could be relied on much easier (a lower percentage of employees had to be affected like in Germany or the scope had been extended to all workers and sectors, for instance in Italy, Malta, Luxembourg, the Netherlands) so that the interpretation of an entrepreneurial risk is extended and that situations of decline in profit might also be taken into account.

In Spain RDL 8/2020 introduced, with the same objective of avoiding dismissals and thus preserving employment, extraordinary procedures for the suspension of contracts and reduction of working hours due to force majeure, or for economic, technical, organizational and production reasons, as a consequence of or related to the Covid-19. These measures are subject to the company's commitment to maintain employment for a period of six months from the date of the resumption of activity.[31]

The package of Netherlands holds measures to safeguard incomes and salaries as a temporary emergency bridging measure to preserve employment including a temporary subsidy scheme as a contribution towards wage costs in order to maintain jobs in exceptional circumstances as well as compensation for entrepreneurs in affected sectors.[32] In Estonia and the UK, a completely new temporary short-time working scheme was set up. Meanwhile, the UK is no longer part of the EU, the rules remain the same. Croatia and Ireland introduced an income support scheme providing a wage subsidy to companies that have to suspend their activities. In Austria and Germany, short-time work benefits have long been used in cases of complete loss of work.[33] The main purpose of this allowance in Germany is to enable employees to continue working and to avoid redundancies if they are temporarily unable to work.[34] In Austria, workers having reduced their working hours by up to 90% still receive the majority of their normal wage and the employer receives an allowance from the public employment system. The granting of short-time work is subject to various conditions, as the employer must not terminate employment relationships for operational

31 Rafael Gomez Cordillo, COVID-19. Un ano de hiperactividad normative en materia sociolaboral en Enspana, pp. 4.

32 Beryl ter Haar/Hanneke Bennaars, The Netherlands and COVID-19 measures in the field of labour law, pp. 2 ff.

33 Lorena Ossio, Email from 6.7.21 regarding «Contribution to the report».

34 Bernd Waas, Covid-19: Labour Law and Social Security Law Measures in Germany, pp. 1 f.

reasons during the funding period. The number of employees must therefore be maintained at the level as before the start of Covid-19 short-time work. In addition, statutory vacation entitlements from previous years and time credits of the employees should be reduced. Nevertheless, employers are only obliged to offer this consumption to the employees.[35]

Several countries have increased the amount these workers receive. The Belgian legislator, like a large proportion of its European counterparts, has preferred to treat the absence of work as a suspension of the contract due to force majeure, which has two kinds of implications. Firstly, the periods not worked are not counted as annual holidays or treated as an anticipation of public holidays; nor will waged workers have to compensate for them through additional work once the crisis is over. Secondly, the Welfare State ensures that their income is sup-ported through a derogatory temporary unemployment scheme. Not only are the conditions for accessing benefits eased and the formalities simplified, but the amounts granted are higher than in the ordinary regime.[36] Statutory civil servants have not been the target of any income support measures. There is already a social security system.[37]

In France, whereas the compensatory indemnity paid to employees in partial unemployment is normally limited to the minimum wage, the government will now fully support (100%) it up to 4.5 times the minimum wages. The employer must apply to the administrative authority. If they accept the application, the employer must pay the employee compensation, which is not subject to social security contributions. In return, the employer receives an allowance co-financed by the State and UNEDIC.[38] Partial activity is a public policy tool to prevent economic layoffs, allowing employers in difficulty to cover all or part of the cost of their employees‘ remuneration. Government has decided to structurally transform the partial activity system, to provide France with a highly protective system.[39]

35 Elisabeth Brameshuber/Phillipp Ondrejka, The impact of COVID-19 on labour and social security law in Austria, pp. 1 ff.

36 Quentin Detienne/Fabiennn Kéfer, Belgian Social Security Facing the Coronavirus Crisis, pp. 1.

37 Quentin Detienne/Fabiennn Kéfer, Belgian Social Security Facing the Coronavirus Crisis, pp. 2.

38 Camille Percher, Réaction du droit social francais a la COVID-19, pp. 2 f.

39 Sophie Selusi, E-Mail from 18.6.2021 regarding «Addition to the Report».

In Denmark, Hungary, and Greece, temporarily unemployed employees will now receive 100% of their wages.[40] In Denmark compensation from the state constituted 90% of salaries for each full-time employee who would otherwise be dismissed due to lack of work (75% for white collar workers), capped at maximum DKK 30.000 (EURO 4.000) per month. Employers paid the remaining 10% of the salaries (25% for white-collar workers). Employees contributed with 5 days of holidays.[41] The scheme in Hungary resembled the German-type short-time work, but it was less generous. The wage subsidy was transferred directly from the state to the employee while the reduced wage was paid by the employer. Over the course of the existence of the scheme, its eligibility criteria were progressively eased, so that the number of beneficiaries increased significantly. During the second wave more targeted support schemes has come in the forefront.[42] Where, during the extraordinary epidemic situation, the employer in Bulgaria preserves the employment relationships with the workers and employees under Art. 120c LC, the latter receive the full amount of the gross labour remuneration they used to receive prior to the extraordinary situation being declared (Art. 267º LC).[43] In Slovenia the first anti-corona package introduced reimbursement benefits for (private sector) employers who temporarily could not offer work to their workers due to the epidemic, were thus obliged to pay income replacement benefits to workers, and who will have fulfilled conditions regarding the loss of revenue.[44]

The ACEP in Georgia included stimulus package for employers to preserve jobs. Employers who retain jobs were fully exempted from income tax on salary payments of up to 750 GEL for the period of six months.[45] In Poland, benefits from the state related to economic downtime or reduction in working time are granted for a total period of 3 months due to the Anti-Covid-Act. This has provided for certain forms of assistance to persons employed under civil law

40 Yves Jorens (Ghent University, Belgium)/Grega Strban (University of Ljublijana, Slovenia), Contemporary Legal and social Challenges, pp. 5 ff.

41 Natalie Vodebaek Munkholm, The Covid pandemic in Denmark, pp. 3 ff.

42 Attila Kun, HUNGARY – The impact of the labour law measures taken by the authorities: reflections one year after the official recognition of Covid.19 as a pandemic, pp. 4.

43 Vassil Mrachkov, Bulgaria: An overview of Labour Law under COVID-19 Conditions, pp. 2.

44 Luka Mišič/Sara Bagari, COVID-19 related measures in the field of social law adopted in Slovenia, pp. 3.

45 Zakaria Shvelidze, Covid-19 Pandemic and Labour Law Restrictions and Social Impacts in Georgia, pp. 3.

contracts. In return, the entrepreneur is expected to keep the employees covered by the subsidies.[46]

One of the most important measures taken by the Portuguese government in the context of the pandemic was the creation of exceptional and temporary financial support aimed at maintaining jobs. Access to this support allowed employers to maintain their jobs, choosing either to reduce normal working periods or to suspend work contracts. In turn, employees would be entitled to a compensation corresponding to 2/3 of their wages. Another measure was the support for the progressive resumption of activity in companies in a situation of business crisis which aimed at companies with a drop-in turnover of at least 40%. Under this support, during the reduction of the normal work period, the worker is entitled to receive the corresponding remuneration for the hours worked, as well as a monthly compensation up to three times the SMN, in the amount of 2/3 or 4/5 of the normal gross remuneration corresponding to the hours not worked, in the months of August and September 2020, and in the months of October, November and December 2020.[47]

Also, in Romania one of the most important measures adopted by the government is the payment of technical unemployment from the budget, up to 75% of the gross salary of employees in specific sectors.[48] Due to the restrictions implemented to counteract the spread of the Covid-19 disease, one important social security measure in Estonia introduced by the government to protect employee's incomes is the payment of the wage compensation to employees.[49] In Switzerland, as an example for a «non-EU-country», unemployment insurance, which is mandatory for all employees, uses the instrument of short-time work as well. Employees receive 80% of their wages from the unemployment insurance and can thus keep their jobs. Even temporary employees or persons in employer-like positions have a right to short-time work compensation.[50]

46 Jakub Stelina, Anti-Covid labour law regulations in Poland a year after the start of the coronavirus epidemic, pp. 3 ff.

47 Tiago Pimenta Fernandes, O impacto da COVID-19 nas relacoes de trabalho em Portugal, pp. 1 ff.

48 Nicoleta Enache, Rumania a un ano del inicio de la crisis provocada por el virus COVID-19, pp. 4 ff.

49 Merle Erikson, COVID-19 and Labour Law: Estonia, p. 3.

50 Kurt Pärli, New Challenges Social Security Covid-19 Switzerland, pp. 1 ff.

The use of short-time work with compensation paid to employees in Turkey is facilitated by Laws No. 722613 and No. 724414. Short time work is provided for in cases where, due to a general, sectoral or regional economic crisis or force majeure, the weekly working hours are reduced by at least one third, or if there is a permanent or temporary cessation of activity for a minimum period of four weeks. The workers will then be granted a «reduced work allowance» of 60% of the average gross salary of the last twelve months. However, the allowance cannot exceed 150% of the gross minimum wage. The maximum duration, initially three months, is regularly extended to six months by presidential decision.[51] Russia also launched protective measures for workers in the pandemic. They simplified the system of unemployment benefits to secure the income of people made unemployed by the pandemic.[52]

In this period, according to the Iranian social security system, unemployed workers can claim a three-months unemployment benefit related to the Coronavirus. This is intended only to workers who are considered as «employee» and under the scope of Labour Act. Thus, many workers are excluded: i.e. those working in factories employing less than 10 workers, daily-workers, contractors or taxi drivers are not included in this provision.[53] The Korean government paid out emergency disaster relief money totaling 14.3 trillion won to 'all' households.[54] To improve working conditions of fixed-term and part-time employees, the Act on 'Protection of Fixed-term and Part-time Employees' was enacted in 2006. Regarding the unemployment benefits, the current Korean Employment Insurance Act does not cover a worker whose contractual monthly working hour are less than 60 hours. Concerning this problem, the Korean government currently plans to expand the coverage of employment insurance to all workers (so called 'universal employment insurance').[55]

In Japan there was a benefit for sustaining undertakings' and self-employed workers' business: This benefit was planned and adopted on the initiative of Ministry of Economy, Trade and Industry. The aim is to establish the safety net for undertakings, in other words, to provide a cash available for all business needs in order to stimulate continuation, resume or resurgence of undertakings

51 Melda Sur, La protection sociale en Turquie face au covid-19, pp. 2 ff.
52 Elena Machulskaya, Covid Russia, pp. 9 f.
53 Elaheh Zabeh, COVID-19 and Labour Law: Iran, p. 2.
54 Bok-gi Kim, The Social Security Response to COVID-19 in Korea, pp. 4.
55 Bok-gi Kim, Email from the 26.04.21, The Social Security Response to COVID-19 in Korea.

damaged by voluntary suspension of their business due to COVID-19 these target persons include not only permanent employees, but also non-permanent employees not insured by employment insurance scheme.[56]

To maintain the basic living of unemployed workers, the government of China has adjusted the current unemployment insurance system, in order to simplify the process and to cover more unemployed workers for a longer period.[57]

On 17 March 2020 a national wage subsidy scheme was established in New Zealand to prevent mass redundancies occurring. Employers that suffered a loss of expected revenue could apply for the subsidy on the condition they continued to retain their staff and pay at least 80% of their wages.[58]

In response to the health emergency, the Canadian government introduced two types of assistance. The first offered a 75% subsidy for up to 12 weeks to businesses whose gross revenues were reduced by 30%. This Canada Emergency Wage Subsidy (CEWS) allows businesses affected by the pandemic to retain or rehire employees. Furthermore, on 25 March 2020, the Canada Emergency Benefit (CEP) was introduced for workers, which provided financial support of up to $2,000 per month to employees and self-employed persons whose loss of income was caused by Covid-19.[59]

The CARES Act in the USA provided federal funds to support «short-time compensation» programs, where employers avoid layoffs by reducing employee hours, with these employees receiving a prorated state UI. Where states have such programs, federal funds would cover 100% of a state's short-time compensation benefits for up to twenty-six weeks of benefits. Not all states have short-time compensation programs, but they can choose to develop one in order to take advantage of the federal assistance.[60]

Chile and Uruguay do also have measures to support employment and maintain the income of the affected workers and companies. Chile, through

56 Masahiko Iwamura, Replacementent incomes introduced due to economic impacts of covid-19 in Japan, pp. 9 ff.

57 Wenwen Ding, COVID-19 and Labour Law: China, pp. 2.

58 Dawn Duncan, The impacts of Covid-19 on Aotearoa/New Zealand's working people: A report 12 months on, pp. 3.

59 Urwana Coiquaud/Jeanne Pérès, Panorama des mesures réglementaires prises en matière sociale et du travail par le gouvernement canadien, pp. 4.

60 Risa L. Lieberwitz, Federal government responses to COVID-19 in the United States, pp. 2.

Law 21,227, provided two tools for maintaining the employment relationship, thus, it enabled access to unemployment benefits in cases of temporary closure of companies by order of the authority; and the extent to which the Unemployment Fund pays the workers' income while the worker's employer pays the social security and health contributions. While Uruguay promoted telework in those activities in which it is possible to provide the service through this modality, indicated that the supply of the necessary elements to carry out this type of work the employer must provide. However there is no law regulating this type of work or providing the employer's obligation to provide work tools, but it is a peaceful criterion that the employer supplies the necessary elements to work.[61] Informing this, through the General Labour Inspectorate, not having to alter the working conditions with the exception of the workplace.[62] In Uruguay, the employer has been empowered to partially suspend the employment relationship, with the consequent payment of unemployment benefit, to ensure that the worker is paid 75% of the usual remuneration.[63] In order to preserve jobs, Uruguay has implemented other special unemployment insurance schemes for specific groups.[64]

Law no. 14.020 of Brazil (2020) even defined a provisional guarantee of employment to the employee receiving the Emergency Benefit for Preservation of Employment and Income, in article 10, as a result of the reduction of the workday and salary or the temporary suspension of the work contract, for the same period of time of the contract suspension or reduction of the workday and salary.[65]

The D.U. 038-2020 from Peru provides for the granting of an economic benefit up to a limit of three months at the expense of the State in favour of workers of micro-enterprises whose employment contracts have been suspended due to the Covid-19 pandemic, provided that they meet the following two requirements: i) they are subject to the legal regime of the Law for the Promotion

61 Àlvaro Rodrìguez Azcùe, Mail from 21.6.2021 regarding «Additions to the Report».

62 José Luis Dodera Cabrera, The perspectives and responses to the Covid Pandemic-19 seen from ILO Santiago Latin America Southern Cone, pp. 18.

63 Àlvaro Rodrìguez Azcùe, Mail from 21.6.2021 regarding «Additions to the Report».

64 Àlvaro Rodrìguez Azcùe, Mail from 21.6.2021 regarding «Additions to the Report».

65 Luciane Cardoso Barzotto, Alguns aspectos gerais das alterações nos contratos de trabalho no primeiro ano de pandemia no Brasil, pp. 1.

of Productive Development and Business Growth and ii) their gross monthly remuneration does not exceed 2400 soles per month.[66]

As part of the complementary measures in Venezuela within the social, economic and health order on the occasion of the Covid-19 pandemic, in principle, by decreeing in March 2020 the state of emergency alarm in Venezuela and ordering the suspension of labour activities, except for essential ones, the state approved to assume for six months the payment of salaries to private sector employees of small and medium-sized enterprises, as well as workers in the informal economy and private sector would receive «a special bonus» through the Carnet de la Patria, a tool through which benefits are granted to citizens.[67]

The government of Morocco took several measures to cushion the impact of the entrapment and the resulting inactivity for some businesses, particularly in the informal sector, and to allow others to continue operating in this exceptional context. The same applies to the way the consequences are shared between the different stakeholders (state, employers, workers).[68] As well as Tunisia who paid their Employees whose salaries are not maintained, totally or partially, indemnities for the same period (200 Tunisian dinars/month) with maintenance of rights to health care benefits, family allowances and the single salary increase during the period of work stoppage. Government decree No. 2020-317 of 19 May 2020, setting the conditions and procedures for benefiting from the «AMEN SOCIAL» program, grants social assistance to limited-income categories worth 200 dinars with the right of access to care in public health establishments.[69]

In summary, the instrument of short-time work is known primarily in Europe and the USA. In the EU itself, it has existed since 2007, and in the context of the Covid-19 crisis, additional money was made available for financing this support and many countries have simplified in addition the procedure for receiving the money. However, the percentage one receives is can vary from state to state. In Austria and Germany, short-time work benefits have long been used in cases of complete loss of work. In Netherlands, Estonia, United Kingdom, Denmark new benefits had to be created for this case. This showed that even

66 Francisco Villanueva, Las medidas con incidencia laboral adoptadas por el Gobierno de la República del Perú en el marco de la crisis sanitaria de la pandemia covid-19, pp.5.

67 Ydangely Tropiano/Atilio Noguera, Las condiciones y medidas sociales y de seguridad y salud laboral en Venezuela, producto de la pandemia Covid-19, pp. 6.

68 Khalid Boukaich, Les conséquences sociales de la crise Covid-19 au Maroc, pp. 2.

69 Hamza Safi Aicha, Les mesures publiques sociaux à l'épreuve du Covid-19 enn Tunisie, pp. 4.

countries that have a long experience of «flexicurity» respond to the pandemic with similar measures.[70] In New Zealand, it works similarly by employers getting subsidies as long as they continue to pay their employees. Canada and Asia also provide support in the form of financial assistance packages for employees. Many parts of South America and North Africa also introduces measures in providing financial assistance to employees.

2. Self-employed person

The Regulation adopted by the Commission of the EU 2020/672 of 19 May on establishing a European temporary support instrument to mitigate the risks of unemployment in an emergency (SURE) following the outbreak of Covid-19 and which establishes a reinsurance mechanism also supports the self-employed persons. Its art. 1 underlines to finance «principally, short-time working schemes or similar measures designed to protect employed and self-employed workers and thereby reduce the incidence of unemployment and income loss».[71]

The support of the Belgian social security system for the self-employed has put the spotlight on a little-known scheme, the «bridging right». This is a kind of modest unemployment insurance that self-employed workers can benefit from when certain circumstances force them to suspend or stop their professional activity.[72]

As to assist self-employed persons in Slovenia**,** the first anti-corona package introduced a «universal» basic income benefit in the amount of 700 euros net per month for every month of the epidemic (regardless of the amount of one's previous income from self-employment). With the fifth anti-corona package the amount was increased to 1,100 euros net.[73]

In order to limit the number of economic redundancies or cessations of activity, financial support has been provided in France to the self-employed through the creation of a solidarity fund implemented by the State and the regions, which at the end of the year represented 14 billion euros of public expenditure. The stated aim is to prevent small businesses, micro-entrepreneurs,

70 Lorena Ossio, Email from 6.7.21 regarding «Contribution to the report».

71 David Lantaron Barquin, Union Europea, pandemio y relaciones de trabajo, pp. 5.

72 Quentin Detienne/Fabiennn Kéfer, Belgian Social Security Facing the Coronavirus Crisis, pp.1.

73 Luka Mišič/Sara Bagari, COVID-19 related measures in the field of social law adopted in Slovenia, pp. 4.

the self-employed and the liberal professions from going out of business.[74] In June, July and August, the solidarity fund should be adapted (pending a future decree) to support businesses during the reopening stages, while the sanitary constraints (gauge, protocol or curfew) will not be fully lifted.[75]

Individuals who are self-employed but cannot work during the pandemic, because of the quarantine and the nature of their work, may also be entitled to certain benefits in Lithuania. To be entitled for this benefit, the self-employed person (apart from being unable to work because of the conditions of the pandemic) must: 1) be formally registered as being self-employed, 2) if he or she has an employment contract, he/she cannot receive more than the MMW, and 3) if the person has incorporated his or her business as a legal entity, that entity is not bankrupt or insolvent.[76]

Self-employed persons in Denmark with a decline in income of more than 30%, could receive compensation for general expenses (Parliament agreement of 27 March 2020 for companies, Parliament agreement of 18 March 2020 for self-employed and freelancers). Freelancers, as well as persons earn income from employment and freelance work, who used to earn a minimum of 10.000 DKK per month were eligible for salary compensation.[77]

In Spain self-employed persons who suspend their economic activities as a result of the application of RD 463/2020 are entitled to access a benefit for cessation of activity. A similar right is granted to self-employed workers whose turnover has been reduced by 75% compared to the previous six-month period (art. 17.1 RDL 8/2020). FD 2a RDL 13/2020 and art. 13 RDL 30/2020 modify this extraordinary benefit, which remains in force for beneficiaries as of 31 January 2021 until 31 May 2021.[78]

The ACEP in Georgia does not propose financial support for informal workers (whether de-pendent workers and self-employees) who lost their jobs and/or earnings.[79] The package of Netherlands holds measures to safeguard

74 Camille Percher, Réaction du droit social francais a la COVID-19, pp. 2 f.

75 Sophie Selusi, E-Mail from 18.6.2021 regarding «Addition to the Report».

76 Charles Szymanski/Gertruda Cepulyte, Labour Law and the Covid-19 pandemic: Lithuanian responses, pp. 2 f.

77 Natalie Vodebaek Munkholm, The Covid panndemic in Denmark, pp. 4.

78 Rafael Gomez Cordillo, COVID-19. Un ano de hiperactividad normative en materia sociolaboral en Enspana, pp. 4.

79 Zakaria Shvelidze, Covid-19 Pandemic and Labour Law Restrictions and Social Impacts in Geor-

incomes and salaries of self-employed as a temporary support scheme for self-employed professionals called Tozo. In essence, the Tozo entails measures to safeguard the income of self-employed workers.[80]

In Portugal the extraordinary support for the reduction of economic activity was created, aimed at self-employed workers, sole proprietors, managers and members of statutory bodies with management functions, whose activities have been suspended or closed down. This support takes the form of financial aid to workers covered exclusively by the self-employed workers regime, or who are also covered by the salaried workers regime and do not earn, under this regime, more than the value of the IAS16 , and are in one of the following situations: a) in a proven situation of total cessation of their activity as a self-employed worker, or of the activity of the respective sector, as a result of the Covid-19 pandemic disease; or b) in a situation of abrupt and accentuated drop of at least 40% in turnover.[81]

The so-called standby pay from Poland should be mentioned in that respect, payable in the event of downtime in the business of self-employed persons or persons with whom civil law contracts have been concluded. The standby pay amounts, as a rule, to 80% of the minimum wage. Moreover, the state may subsidies the remuneration of persons employed under civil law contracts, as well as business deductible expenses of self- employed persons, up to 90% of the minimum wage.[82] There are approximately 1'050'000 self-employed persons in the Czech Republic and the year 2020 was very challenging for them. As their activities were practically stopped during the pandemic, the state adopted several measures in order to make their situation easier. They became eligible for compensation bonus which should have help with the loss of their income.[83]

The Federal Council of Switzerland, again as example for a «non-EU-country» has also introduced new social security benefits for self-employed persons and for employees who are prevented from working because of official measures

gia, pp. 3.

80 Beryl ter Haar/Hanneke Bennaars, The Netherlands and COVID-19 measures in the field of labour law, pp. 2 ff.

81 Tiago Pimenta Fernandes, O impacto da COVID-19 nas relacoes de trabalho em Portugal, pp. 5.

82 Jakub Stelina, Anti-Covid labour law regulations in Poland a year after the start of the coronavirus epidemic, pp. 3 ff.

83 Kristina Koldinska, Czech social and labour responses to Covid-19, pp. 2 f.

in connection with the coronavirus. Particularly noteworthy is the setting up of social security benefits for self-employed persons due to loss of earnings.[84]

The subsidies and support benefits in Japan adopted as counter-measures against Covid-19 targets a variety of persons including self-employed workers containing freelancers. Under-takings eligible for this benefit are beside small and middle size undertakings (i) self-employed workers including free-lancers, and (ii) self-employed workers who work by contract for work, business contract or service agreement and who filed their tax returns by declaring that their main earnings were not business income but salary and/or miscellaneous income.[85]

The government of South Korea introduces a special support program for regional employment where local governments support the livelihood of workers including beside those on unpaid leave, also dependent self-employed persons and freelancer. They will receive up to 500'000 won for two months. The government also newly established «Emergency Employment Stability Subsidy» to support small business owners who suffered a drastic drop in sales, non-standard contract employees and freelancers who lost their work. This is particularly meaningful in that some dependent self-employees and freelancers are not eligible for the aforementioned «Special Support Program for Regional Employment», while «Emergency Employment Stability Subsidy» cover these workers, reducing the blind spot of employment insurance.[86]

As of 25 March 2020, the Canada Emergency Benefit was introduced for workers. This taxable benefit provided financial support of up to $2,000 per month to self-employed persons whose loss of income was caused by Covid-19, for a maximum of 7 months (March - October 2020), whether due to loss self-employment, or due to preventative or curative isolation due to Covid, provided that in the latter two cases the person was not or was no longer eligible for the Employment and Sickness Benefit (a pre-pandemic benefit).[87]

In Chile the government ordered due to Covid-19 suspending provisional monthly income tax payments by companies for three months and refund with-

84 Kurt Pärli, New Challenges Social Security Covid-19 Switzerland, pp. 1 ff.

85 Masahiko Iwamura, Replacementent incomes introduced due to economic impacts of covid-19 in Japan, pp. 9.

86 Ministry of Employment and Labour Republic of Korea, Responding to Covid-19 – Emergency Employment measures, S. 11 f.

87 Urwana Coiquaud/Jeanne Pérès, Panorama des mesures réglementaires prises en matière sociale et du travail par le gouvernement canadien, pp. 4.

holdings to self-employed persons. On the other hand, the «Benefit for self-employed workers» was created, which includes a subsidy and an interest-free loan to self-employed workers who have issued invoices for at least three months in the last year or for six months in the last two years and who, in addition, in the month they apply for the benefit have experienced a drop of at least 30 per cent in their income compared to the April 2019 - April 2020 period. Uruguay created the Coronavirus Fund to finance extraordinary expenses generated by the pandemic.[88]

Thus, for the self-employed persons, many countries have also enacted measures to protect them against Covid-caused income loss. For example, an EU Commission regulation explicitly intends that self-employed workers should also be considered for the financial support. Some countries got creative and built their own programs to support the self-employed persons. Others supported them with money from the funds made available due to the crisis. Whereas some payments are granted as earnings replacements (e.g. Denmark or Netherland), other aim at covering business costs and thus supporting livelihoods more indirectly (e.g. South Korea) or considering the benefit for cessation of activity, (e.g. Czech Republic, Portugal or Spain). Some groups of the self-employed are covered by existing social protection systems, of course the level of protection for self-employed workers varies considerably from one country to another.[89] The definition of who is considered self-employed and who is not, can vary from country to country as well as the additional conditions, such as income decline over a period of time, that must be met.

V. REFLECTION AND CONCLUSION

This report shows, that vaccinations and tests related to Covid-19 basically do not have to be covered by the individual. In most cases, either the health insurance companies or the government takes over the costs. The loss of income, during an ordered quarantine or when a parent is prevented from work due to taking care of their quarantined child, is compensated in most countries by a daily allowance from the health insurance, paid vacation or unemployment benefits. This is paid out either directly to the affected person or through the employer. These arrangements have often (but not always) been extended to the

88 ILO, Impact on the labour market and income in Latin America and the Caribbean, Labour Overview in times of Covid-19, September 2020, S. 29 ff.

89 Lorena Ossio, Email from 6.7.21 regarding «Contribution to the report».

self-employed persons, so that they can also benefit under certain conditions. Employees are also given a further support in the form of short-time work or financial assistance packages in the event of a (temporary) suspension of work due to Covid-19. Self-employed persons in some countries also receive financial support in case of a loss of income.

The importance of social security in combating epidemics is already known from other sciences. The social insurances of a country should cover the most important social risks, such as health, age or death. If the requirements for social insurance benefits become tighter, this will have an impact on social assistance benefits, because in most cases the tightening will not create the intended pressure for people to reintegrate into the labour market, but the slide into poverty. Self-employed persons and persons with several jobs are less adequately insured under social security law. In the event of an accident, illness, unemployment or age, many of these people are threatened with poverty and thus the risk of slipping into social welfare. This can be observed in the example of losing their job due to an extraordinary situation, such as the Covid-19 pandemic. In conclusion, a current precarious situation of a certain population will be further aggravated through a crisis like Covid-19. The worse the underlying systems are structured, the more the social security system will have to bear.

Finally, a few remarks on the link between sound social security provision and an effective fight against the spread of the Covid-19 virus are worthwhile. The WHO and all states around the world oblige their citizens to observe hygiene and distance rules and to wear a mask. In the event of Covid-19 infection or contact with people who have tested positive, state quarantine or isolation is ordered. Compliance with all these measures is very important for interrupting chains of infection. There is a probably a causal relationship between the level of social protection and compliance with the Covid-19 rules. Employees and self-employed Workers who can be sure that there will be no loss of income and work as a result of complying with the quarantine will comply with these measures. However, if there is a risk of not being entitled to an income during the quarantine or even of losing one's job, the situation is different. Rather, those affected must weigh up whether they can afford the economic consequences of the quarantine. This also has an impact on test readiness, which in turn has a direct impact on the spread of the Corona virus. The thesis «Compliance thanks to social protection» is also based on experiences in dealing with the HIV/AIDS epidemic. Here, too, a conflict(s) between the goals of public health and indi-

vidual human rights becomes apparent, and here, too, good social integration and respect for human rights were (and are) supporting pillars of a successful fight against the epidemic.

ROLE OF LABOUR LAW IN COOPERATION WITH SOCIAL SECURITY LAW IN PANDEMIC OF COVID-19

MASAHIKO IWAMURA

Emeritus Professor of the University of Tokyo and Chairperson of the Central Labour Relations Commission. His fields of research are social security law and labour law. He is also interested in comparative research on these laws. In his first publication, he made a comparative law research on workmen's compensation scheme (in Japanese). He is author of a textbook on general principles of Japanese social insurance law (in Japanese). He publishes papers on Japanese social security law and labour law in French books and law journals.

PRELIMINARY REMARKS

The theme that general reporters (Professor Kurt Pärli and me) and our research group adopted is "New challenges of social security". About this theme, we might discuss the various subjects;

- Social security scheme facing demographic evolution in developed countries such as:
  - Sustainability of mandatory retirement pension scheme based on pay-as-you-go financed system;
  - Role of occupational retirement pension scheme based on funding system[1];
  - Challenge of long-term care scheme for the dependent elderly facing their increase.
  - Challenge of long-term care scheme for the dependent elderly facing their increase.
- Challenge of social security scheme facing evolution of technology and science;
  - Impact of increase of medical costs on medical insurance and health service, for example resulting from new release of extremely expensive medicines.
- Financial difficulty of public mandatory medical insurance resulting from aging society and other factors which might reduce the coverage of public insurance and could extend role of private medical insurance.
- Possibility of closer link of prevention policy of chronic diseases such as diabetes with public medical insurance and health service.

1 About Lithuanian situation Audrius Bitinas , " Occupational pensions in Lithuania: regulation and problems ", February 2021.

- Emergence and increase of new types of workers such as freelancers getting their work by crowdsourcing sites and its impact on social insurance schemes (especially Bismarckian model).
- Combating poverty.

During our discussions on the topics to be examined in our general report, we faced with rapid and serious spread of Covid-19 in the world and we recognized that epidemic of Covid-19 arose economic and social difficulties to which employees, the independent workers, families and businesses confronted.

In view of such difficulties, we came up to conclusion that the analysis of the health, economic and social measures taken to fight against the difficulties arising from COVID-19 would allow us to understand the more or less decisive elements determining the success or failure of these measures and therefore to catch the good examples to follow and bad ones to drop in the event of another epidemic caused by an unknown pathogen or virus in the future. This analysis also allows us to identify any gaps and / or inadequacies in social security law in force and to identify possible new challenges for serious discussion.

We found also that these difficulties involve both labour law and social protection law. Sometimes a question asked about labour law could give rise to another preliminary question relating to social protection law. Some of the difficulties faced by people working in the new form such as workers on online platforms are outside the scope of ordinary labour law and are outside the coverage of ordinary social protection[2]. Thus, it seems necessary to us to examine the measures and devices introduced within the framework of the economic and social policy from two points of view, that is to say social protection law and labour law. Issues to be approached from the point of view of the latter are often those preliminary to the analysis on the aspect of the first. So, we set as the main topics to discuss the challenges of social security law and labour law facing with epidemic of Covid-19, and divide our general report into two paper. This paper analyzes the latter.

2 About comparative analysis on social consequences, Jean-Michel Servais, « Les conséquences sociales du COVID-19 : un regard juridique comparé après un an », numéro spécial de CIEOL 2021, http://www.cielolaboral.com/fr/las-consecuencias-sociales-del-covid-19-una-mirada-juridica-comparada-despues-de-un-ano/ (in Spanish).

I. INTRODUCTION

1. The rapid and global spread Covid-19 and its effect on countries' economy

According to WHO, the first cases of Covid-19 was reported at Wuhan in China in December 2019[3]. Covid-19 spread very rapidly around the world. The first case of Covid-19 outside China was confirmed in Thai on January 13, 2020 and the second case in Japan 16 January, 2020. On 21 January, 2020, USA announced that the first case was confirmed there. The first cases of Covid-19 in Europe were declared by French authority on 24 January, 2020. On 29 January 2020, Arab Emirates announced the first cases in the region of the East Mediterranean. On January 30, 2020, WHO declared "Public health emergency of international concern". On 25 February, 2020, the first case was confirmed in Africa (Algeria, yet there was a precedent case in Egypt). WHO estimated that the spread of Covid-19 "could be characterized as a pandemic" on March 11, 2020.

Indeed, patients and deaths grew very fast, and their cumulative number is huge as the table below shows.

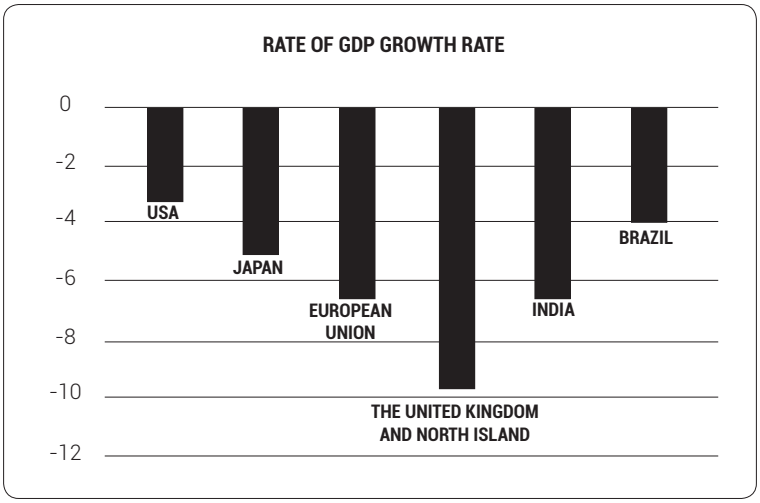
COVID-10 CONFIRMED CASES AND DEATHS REPORTED IN THE LAST SEVEN DAYS

	CUMULATIVE CASES	CUMULATIVE DEATHS
Global	175,333,154	3,793,230
South Africa	1,739,425	57,653
Brazil	17,296,118	484,235
USA	33,120,623	594,272
Iran	3,020,522	81911
Russian Federation	5,208,687	126,430
The United Kingdom	4,558,498	127,896
Turkey	5,325,435	48,668
France	5,632,993	109,499
Germany	3,714,969	89,834
Spain	3,729,458	80,465
Italy	4,246,482	126,976
Poland	2,877,469	74,573
India	29,439,989	370,384
Japan	773,822	14,033

WHO Weekly epidemiological update on COVID-19 - June 15, 2021

3 https://www.who.int/fr/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019 April 19, 2021.

Epidemic of Covid-19 causes negative economic growth especially in countries seriously damaged by it as Graph below.



United Nations, the GDP growth rate in 2020[4]

2. Sanitary and preventive measures for fighting against Covid-19 and their effects

The causes of interhuman transmission of Covid-19 are respiratory droplets or physical contact by hand or on surface, so that preventive measures against contamination of Covid-19 are essentially not spread the droplets, avoid them suck, not touch others. Thus, in accordance with advice to the general public set by WHO, preventive measures against the Covid-19 advised to individuals are keeping a distance of at least one meter be between themselves and others, wearing a mask correctly, avoiding confined and very crowded spaces (examples mentioned are restaurants, night clubs, the offices etc.).

Sanitary and preventive measures adopted by countries more or less seriously attacked by Covid-19 follow the same vision as WHO's advice above. Indeed, closing schools, lock down, advise or require the public to respect social distancing during daily purchases in shops and boutiques, wear a mask in workplaces and offices, advice or require to employers to allow telework to their

4 UN, Department of Economics and Social Affairs, "World Economic Situation and Prospects as of mid-2021".

employees working in the office in order to minimize the number of employees feeling to workplaces etc. are main measures implemented by these countries.

The health and preventive measures adopted by countries more or less severely affected by COVID-19 follow the same vision as the WHO advice above. Indeed, these measures are the closure of schools, confinement, advising or requiring the public to respect social distancing during daily purchases in stores and shops, wearing a mask in work premises and offices, advising or requiring employers to '' allow their employees, particularly working in offices, to telework in order to minimize the number of employees arriving at the work premises, etc.

The governments of countries hit by COVID-19 naturally predicted that these health and preventive measures would profoundly disrupt the professional and family life of employees and self-employed workers (auto or micro-entrepreneurs without employees) as well as businesses, and that these measures would bring down employees, self-employed workers and companies in serious economic difficulties. For example, an employee parent would be obliged to stay at home to look after his child or children whose school is closed and to be absent from his work, thus he would be exposed to the risk of not to receive his wage; companies and auto-entrepreneurs with or without employees would be advised or more or less imposed on the total or partial suspension of their business, and these measures would have side effects; First, businesses and auto-entrepreneurs would suffer the total or partial loss of business and thus face the risk of business suspension and, at worst, the risk of permanent termination or bankruptcy; then their employees could, according to the legislative and / or regulatory provisions in the matter of each country, possibly lose their job or not receive all or part of their wage as a result of the termination or suspension of their employment contract on the grounds of the termination, suspension or bankruptcy of their employer's business.

3. Roles of the legislator, the government and the social partners

It should also be remarked that the measures taken in the economic and social policy against COVID-19 were developed, adopted and put into force very quickly to respond effectively to the extremely rapid development of the COVID-19 epidemic and to the state of health, economic and social emergen-

cy[5]. In this process of developing, adopting and implementing measures, the legislative and executive powers carried out their own mission in accordance with the fundamental standards on the separation of powers, yet it seems to us that the immediate reactions against the COVID-19 epidemic and its economic and social impacts being strongly demanded in the emergency situation, it is often the executive power that played more prominent role than the legislative power. On the other hand, the role of social partners in drawing up social policy is also major, especially in Europe.

We also find that the methods adopted by the competent authorities to achieve the objectives of measures against COVID-19 are diverse. One of the methods often adopted is to impose by legislative or regulatory means on a person or a company concerned one or more duties (including prohibition) possibly under penalty of criminal or administrative sanction in the event of an infringement. Another is to stimulate a target person or company to follow an orientation, for example given by the administrative instruction or by a subsidy.

The preventive, health, economic and social measures to fight COVID-19 are diverse; as we mentioned above, they are either binding or only incentive; they are taken by the legislator or by the executive power (the government or the ministries concerned). However, such measures against COVID-19 cannot be taken only at the national level, because, to be effective, the measures must be based on scientific evidence approved at the international level and above all they must be recommended by the international competent authority since the COVID-19 epidemic is global. Thus, we first examine the activities of international organizations, i.e. World Health Organization and International Labour Organization (**II.**).

The majority of health, economic and social measures recommended by the competent international organizations and adopted at the national level involve a lot of problems in labour law. These are work stoppages resulting from the closure of businesses, the need to care for children or for family members staying at home due to the closure of schools or due to the infection of COVID-19, redundancy, lay off, total or partial unemployment, etc. They are also closely linked to questions relating to social protection, thus they will be examined in another paper by Professor Kurt Pärli. However, among these measures, telework,

5 Luka Mišič & Sara Bagari, "Covid-19 related measures in the field of social law adopted in Slovenia", April 2021, p.1.

one of the very effective measures for the prevention of COVID-19, would be worth the specific analysis because even if it is very often considered as the subject of labour law, it has a connection with questions of social protection (**III.**).

II. INTERNATIONAL ORGANIZATIONS ACTIONS

COVID-19 is causing health, economic and social hardship including labour and employment issues in all countries facing the COVID-19 epidemic. Recognizing that the spread of COVID-19 is extremely rapid and global, international organizations reacted very quickly. Thus, it is very useful for us to examine the activities of the relevant international organizations, namely WHO (**1.**) and ILO (**2.**). and, thus, they will be discussed in the third part of this report. So here we are looking at telework which is also a very important topic to discuss in the context of the COVID-19 epidemic (**2.**).

1. World Health Organization

First, the World Health Organization (WHO) specifies the elements to consider relating to public health measures because its essential missions are the advice, recommendation and development of global public health policies. What particularly catches our attention here is that it also indicates the elements to take in consideration concerning social measures in the workplace which are important from a public health policy point of view.

It indicates the preventive measures to be applied in all workplaces as follows;

- Hand hygiene (washing your hands with soap and water or rubbing your hands with a hydro-alcoholic solution, etc.);
- Respiratory hygiene (develop a mask wearing policy in accordance with national or local guidelines, etc.);
- Physical distance (maintain a distance of at least 1 m, reduce the density of people in the building, reduce the number of in-person meetings using the teleconference service, stagger work schedules, use telework, etc.);
- Reduction and management of work-related travel;
- Regular cleaning and disinfection of the environment;

- Communication, training and awareness of risks, etc.

It also specifies specific measures for workplaces and for medium-risk jobs and those for high-risk jobs. For example, those for medium risk jobs are;

- Reinforce the cleaning and disinfection of objects and surfaces;
- Stagger activities
- Reduce face-to-face contact;
- Install plexiglass barriers etc.

Those for high risk jobs are;

- Assess the possibility of suspending high risk activities;
- Give training to employees about anti-infection practices and the use of personal protective equipment;
- Avoid assigning high-risk tasks to employees with pre-existing medical conditions, to pregnant women or to employees over the age of 60, etc.

WHO stresses the importance of collaboration between, on the one hand, employers, employees and their organizations and, on the other hand, health authorities. It also emphasizes, on the one hand, the essentiality of cooperation between management, employees and their representatives relating to preventive measures in the workplace and, on the other hand, respect the rights and duties of employees and employers with regard to occupational safety and health. Also, according to WHO, in order to prevent and mitigate COVID-19, the development of action plans in the workplace is essential and must be carried out in consultation with employees and their representatives, and the plan thus developed must be informed all employees[6].

WHO also gives advice on wearing masks for the general public including employees. It advises decision-makers of measures relating to wearing a mask to consider 6 criteria;

- The purpose of wearing the mask;
- The risks of exposure to the COVID-19 virus;
- The vulnerability of the target population;

6 WHO, « Éléments à prendre en considération concernant les mesures de santé publique et les mesures sociales sur lieu de travail dans le cadre de l'épidémie de COVID-19 », mai 2020.

- The living environment of the target population;
- Feasibility (availability and cost of masks etc.);
- The type of mask (medical or non-medical).

For example, in a context where respect for physical distancing is difficult and the targeted employees are cashiers, restaurant staff etc., the purpose of wearing a mask is to contribute to the fight at the source and the type of mask recommended is the non-medical one[7].

WHO also indicates the measures to be taken depending on the level of the COVID-19 epidemic situation, mentioning, if necessary, those to be applied in the workplace. If we take the case of level 0 corresponding to a situation without transmission of the COVID-19 virus in the previous 28 days, the measures mentioned for the general public also apply to workplaces without any specific details.

On the other hand, if the situation worsens to level 3 in which the capacity to respond to community transmission is limited and the risk exceeds health services, WHO advises taking workplace measures such as shutting down non-essential businesses or telework as much as possible. It emphasizes also, not particularly for workplaces, hand hygiene, the wearing of masks, physical distancing and the need to avoid confined spaces, crowded places and close contact[8].

2. International Labour Organization

ILO naturally plays the primary role of giving advice on occupational hygiene, safety and health measures against COVID-19[9].

Its reaction against the global spread of COVID-19 was indeed quick, for example it published "Briefing Note" offering advice and recommendations on the issues in May 2020. In this note, acknowledging that the economic recession is spreading in the world as a result of the COVI-19 epidemic and that preventive

7 WHO, « Conseil sur le port du masque dans le cadre de la COVID-19 », juin 2020.

8 WHO, « Éléments à prendre en considération lors de la mise en œuvre de l'ajustement des mesures de santé publique et des mesures sociales dans le cadre de l'épidémie de COVID-19 », novembre 2020.

9 On ILO's role in the COVID-19 epidemic, Jean-Michel Servais, "The social consequences of the COVID-19: Which help to be expected from ILO? ", Rivista Nuova di Diritto del Lavoro, No.3 2020. On the activities of the ILO Branch in Latin America, José Luis Dodera Cabrera," The perspectives and responses to the Covid Pandemic -19 seen from ILO Santiago Latin America Southern Cone 3, 2021.

and protective measures at work are considerably important in the fight against COVID-19, ILO evokes 4 issues to be considered for the development of social policy. The first issue is economic and employment policy aimed at stimulating business in order to encourage jobs and social protection.

The second issue concerns support for businesses through financial and tax relief, measures intended to safeguard jobs and income support by making use of the universal right to social protection.

The issue related more directly to work is the third one; this Note first of all emphasizes the strengthening of occupational health and safety measures and the need to promote public health measures in the workplace; it then discusses the adaptation of working methods, in particular telework, and remarks the conditions to be retained for the establishment of the telework system; the prevention of discrimination and exclusion is also the subject of this Note's attention; Finally, it underlines the universal right to health and the extension of the right to sick leave and paid family leave.

Fourth issue is social dialogue between governments, representative organizations of employers and workers to find solutions to the questions raised in the three previous issues. In conclusion, ILO points out the great interests of international standards relating to occupational safety and health, social security, employment etc. which provide guidance on drafting resolutions, and also remarks the importance of a global effort to support developing countries.

Faced with the worldwide spread of COVID-19 steadily in 2021, ILO publishes "Policy brief" entitled "Preventing and mitigating COVID-19 at work" in May 2021. By mentioning the WHO document that we reviewed above, this document provides practical advice to be followed by governments, employers and workers' representatives in implementing the WHO and ILO recommendations on preventing the transmission of COVID-19 at work. In fact, in this Policy brief, ILO gives all the elements to consider and tells us the preventive and health measures to be taken in order to fight effectively against COVID-19.

Three policies designed to mitigate transmission in the workplace were indicated by this Policy Brief;

- Remote work is seen as a fundamental element;

- Measures in the workplace to stimulate or possibly impose a reduction in human density, social distancing, and the wearing of masks are mentioned;
- The attention of managers on the elements and steps to be taken into consideration for the reopening of workplaces.

This Policy brief also indicates the measures in the workplace that are qualified as strategic; starting with the determination of the risks of occupational exposure to COVID-19, it first underlines the importance of stimulating the transition to remote work and notes the points of intervention to be retained by employers for making their employees to carry out telework safely and efficiently with concern for their health. Among these points we find for example:

- Encourage employees to take short and regular breaks and to keep a regular rhythm between work and the break;
- Take measures to avoid the isolation of employees working remotely through virtual meetings;
- Encourage employees to take care of their mental health.

And this Policy brief does not of course forget the measures intended to prevent the transmission of COVID-19 in the workplace such as ventilation, physical separation, hand hygiene, cleaning and disinfection of surfaces and personal protective equipment. To implement and enforce these measures, the key, according to this Policy Brief, is cooperation between employers and employees, particularly through institutions such as the joint health and safety committee.

The other points mentioned by this Policy brief are the screening of employees at risk and the plan for the gradual and safe reopening of the workplace. Government measures are also the strategic intervention points addressed by this Note. On this subject, she insisted first on the importance of international ILO standards and then on the need for effective monitoring by the competent authorities of safety and health measures. It should be remarked that this Note mentioned the need for the establishment of paid sick leave.

III. TELEWORK

Telework is one of the priority measures taken in the large number of countries affected by COVID-19, because it has dual purposes; First, telework makes it possible to avoid or at least significantly reduce physical contact in the

workplace and therefore constitutes an effective preventive measure; then, it allows the total or partial continuation of business and thus helps to save not only jobs, but also businesses. This last effect is very important for the national social security system, because the financing of social security is ensured insofar as jobs and business are saved by this modality of work. However, telework involves certain risks for employees in telework. We first look at the roles of ILO (**1.**) and the European Union (**2.**) and then analyze telework in some countries (**3.**).

1. ILO's advices

While the ILO has several international conventions relating to working conditions applicable to telework, there is no one that directly regulates it. On the other hand, by remarking that, as we have already mentioned above (**1.**), remote work, more precisely in the current context, telework is an effective measure intended to mitigate the risk of the spread in the workplace as well as to protect employees against COVID-19, ILO is playing a significant role by publishing the practical guide in December 2020 which provides national and local governments, organizations of employers and employees' representatives with advice and recommendations on the measures to be adopted to ensure the safety and health of teleworkers. This guide, after stating about the dawn of a new era of telework, advises the above organizations to pay close attention to employees' well-being and maintaining productivity during telework. Among the eight issues mentioned in this Guide, the first, the fifth and the eighth issues particularly attract our attention.

The first issues are the control of the duration and the organization of telework; Indeed, this constitutes the key to guaranteeing the safety and health of employees carrying out telework since, according to this Guide, it is known that, in general, telework has an effect of lengthening the working time and increase evening and weekend work. This Guide also underlines that even companies that do not get used to telework are still obliged to use it for a very limited period of time and thus they have difficulties in adapting their work organization to it, in providing IT tools to their employees and to give training to those employees who do not have sufficient professional experience to telework. According to this Guide, the role of supervisory staff is also essential. By mentioning the importance of management methods concerning the setting of priorities, the

workload, the tasks to be accomplished and the deadlines to be respected, this Guide thus recommends to employers the proven methods, in particular;

- "Agree on a system allowing workers to announce the time slots when they can be reached and please ensure that managers and their colleagues respect them";
- "Encourage workers to voice their concerns if they feel overworked"; "communicate with workers on how to perform the work";
- "Admit that workers sometimes have to disconnect in order to work well".

Then, the fifth issue concerns occupational safety and health. It is certain that these are very important, on the one hand, because, unlike work carried out in the employer's premises under his direct supervision, telework carried out at home is outside the direct intervention of the employer on the modalities and environment of telework, and on the other hand, since telework involves psycho-social risks and ergonomic problems which are accentuated by the COVID-19 epidemic. By indicating concretely the risks and problems entailed by full-time telework, this Guide advises the organizations concerned to take measures intended to ensure the safety and health of employees in telework, for example;

- The clarification and updating of the employer's responsibilities for the protection of employees' health and safety;
- The clarification of the rights and responsibilities of employees working from home in terms of their health and safety;
- Raising the awareness of executives and teleworking employees to take a sufficient number of breaks during the working day;
- Stimulation of the physical health of teleworkers.

The reconciliation of work and private life is the eighth issue noted by this Guide. its consideration is quite correct as the line between telework and private life is becoming more ambiguous than usual due to the COVID-19 epidemic. Like the other isuues, this Guide indicates several points to remember to achieve the best reconciliation between telework and personal life which are; make it easier to manage the boundaries between work and private life by setting specific goals for telework; provide teleworkers with information on what time off work is permitted for rest and privacy; stimulate communication between teleworkers and supervisory staff relating to the range of work hours and availability; pay

special attention to teleworkers with young children or other family responsibilities. Finally, it should be noted that this Guide mentions the importance of the gender dimension in telework during the COVID-19 epidemic

2. European Union

We start to point out that in terms of labour law, the Treaty on the Functioning of the European Union stipulates, in Article 153, that working conditions are the area it supports and complements the action of Member countries. Thus, like the fields of social security, workers' social protection and health policy[10], these are the Member countries that hold the main competent authority over working conditions. Telework is positively accepted by employers and employees, while this way of working poses the challenges to be retained, including the safety and health of teleworkers[11]. However, the European Union does not have a directive providing European legal framework directly aimed at telework.

On the other hand, the European social partners already reacted to the increase in telework before the COVID-19 epidemic. They concluded a framework agreement on telework on July 16, 2002. This framework agreement is not binding, yet it provides the guidelines to be followed, while introducing telework and during its implementation, about voluntary nature of telework, working conditions of teleworkers, respect for the field of private life, the health and safety of telework, their work organization and others.

On the other hand, taking into account, not only the relevant European directives and regulations as well as the considerable expansion of telework and its occupational risks of the safety and health of teleworkers (the permanent connection, the ambiguous border between the duration of work and private life etc.), but also of the COVID-19 epidemic, the European Parliament adopted a resolution containing recommendations to the European Commission on the right to disconnect on January 21, 2021[12]. In this resolution, the European Parliament calls on the Commission to;

10 Yves Jorens and Grega Strban, "Contemporary Legal and Social Challenges; Inventions of Social Protection with the spotlight on COVID-19: How did Europe react? », March 2021, p.2.

11 Yves Jorens and Grega Strban, op.cit., supra note 10, p.7.

12 Yves Jorens and Grega Strban, op.cit., supra note 10, p.10.

- Assess and examine the risks of non-protection of the right to disconnect;
- Include the right to disconnect in the Commission's strategy on health and safety at work;
- Submit a proposal for a directive on the right to disconnect with the aim of requiring Member countries to take measures intended to (a) ensure that teleworkers do not engage in work-related activities or communications by means of digital tools outside working hours, (b) allow teleworkers to request and obtain the recording of their working time, (c) ensure that employers respect working conditions such as the practical procedures for disconnecting digital tools, health and safety assessments including those of psychosocial risks etc., (d) protect teleworkers against unfavorable treatment and guarantee them the right to appeal.

The purpose of this resolution is to protect teleworkers against the risks arising from telework by means of guaranteeing the right to disconnect. We will see the next step.

3. Measures taken with regard to telework in certain countries

The author of this part has only limited access to papers and documents on telework, the countries covered here are not numerous. Despite this, we are able to obtain the useful information.

(a) Latin America

In Uruguay, Decree No. 94/2020 encourages employers to implement and promote, as far as possible, telework. Because this is considered to be one of the measures to support employment and maintain the income of the employees and businesses concerned. To set up and implement telework, the employer must inform the General Labour Inspectorate and provide teleworking employees with the equipment necessary to carry out telework.

In Chile, Law No. 21220 was promulgated in March 2020 which amended the provisions of the Labour Code on remote work, regulated telework. This law also grants employees in telework the right to disconnect and provides the

elements of individual protection and the procedures for managing occupational risks[13]. The opinions of the Superintendence of Social Security complete the criteria for applying workers' compensation insurance for employees in telework[14]. Labour Directorate offers alternative working arrangements to ensure the health of an employee's family members, and among those arrangements, we find telework.

In Paraguay, first, the resolution of the Ministry of Labour authorizes telework during the duration of the health emergency, and it establishes duties of the employer for this modality of work[15]. The new law on telework was adopted in June 2021. It defines telework, refers to the regulations and working conditions applicable to this modality of work as well as to those on occupational safety and health. This law also requires a written agreement between management and the teleworker, and mentions the voluntary nature of this working method[16].

In Argentina, the Law No. 27555 on Legal Regime of the Telework Contract was adopted in August 2020. Regulatory Decree No. 27/2021 for implementing this Law was taken in January 2021. This Law defines telework and requires a written agreement between an employer and a teleworker in order to ensure the voluntary character of telework. Reversibility of this agreement (teleworker is allowed to ask to his employer to stop telework and return to a workplace whenever he wants) is required by this Law. It also stipulates equal treatment about rights and wages. According to this Law, teleworker's working time has to be previously fixed in a written employment contract conforming to legal and conventional regulations[17]. Privacy of a teleworker has to be respected. It has to be mentioned the implementation of telework was recommended by the Government in order to avoid workers 'concentration in the workplace[18].

13 José Luis Dodera Cabrera, op.cit., supra note 9, p.13; Pablo Arellano Ortiz, Andrés Ahumada Salvo, Natalia Astudillo Sanhueza, « COVID-19 and Labour Law: Chile », pp.4-5, Italian Labour Law e-Journal Special Issue 1, Vol. 13 (2020).

14 Pablo Arellano Ortiz, Andrés Ahumada Salvo, Natalia Astudillo Sanhueza, op.cit., note 18.

15 José Luis Dodera Cabrera, op.cit., supra note 9, p.15.

16 Roxana Maurizio(ILO), « Labour Overview Series Latin America and the Caribbean 2021; Technical note Challenges and opportunities of teleworking in Latin America and the Caribbean », July 2021, pp.20-21.

17 Newsletter, «Argentina introduces a law on telework », Industrial Relations and Labour Law, April 2021; https://ioewec.newsletter.ioe-emp.org/industrial-relations-and-labour-law-april-2021-1/news/article/argentina-introduces-a-law-on-telework.

18 Facundo Martin Chiuffo, « COVID-19 and Labour Law: Argentina », p.4, Italian Labour Law e-Journal Special Issue 1, Vol. 13 (2020).

(b) Europe

Estonia implemented restrictions leading to a high degree of telework. The main problem of telework from home is how the authority and employers ensure the health and safety of employees in telework because their homes are not under the employer's control. As Estonia has the rules on the employer's right to unilaterally change employment contract, its application is also important about this issue[19].

Belgium adopted a rigorous labour policy to combat the rapid and significant spread of COVID-19. The Ministerial Decree of March 18, 2020 stimulating the confinement also imposes telework at home on companies in all sectors of activity for the tasks likely to be performed by this working method, except for the essential services listed by the above Decree. The author of the article to which we referred remarks that compulsory telework constitutes a derogation from the usual Belgian labour regulations, because collective agreement No. 85 on telework stipulates that a written agreement is compulsory for telework[20]. Since June 27, 2021, telework is no longer compulsory, although this working method remains strongly recommended[21].

In France, telework is regulated by the Labour Code since 2012. This provides a definition of telework and teleworking employees and sets out the conditions for the implementation of telework. It also points out that (a) the conditions for switching to telework and returning to work in company premises, (b) the conditions for the employee's acceptance of the conditions for implementing telework, time control working hours (the employer must respect the maximum working hours and rest periods), (c) the determination of the time slots in which the employer can contact the employee in telework and (d) the other conditions must be specified by collective agreement or the charter drawn up by the employer on telework. "The National Protocol to ensure the health and safety of company employees in the face of the COVID-19 epidemic"[22]

19 Merle Erikson, « COVID-19 and Labour Law: Estonia », Italian Labour Law e-Journal Special Issue 1, Vol. 13 (2020).

20 Alexander De Becker, « COVID-19 and Labour Law:Belgium », pp.2-3, Italian Labour Law e-Journal Special Issue 1, Vol. 13 (2020).

21 Radio Télévision Belge Francophone, « Info ; Comité de concertation : dès le 27 juin, le télétravail n'est plus obligatoire mais il reste recommandé », juin 2021 ; https://www.rtbf.be/info/societe/detail_comite-de-concertation-des-le-27-juin-le-teletravail-n-est-plus-obligatoire-mais-il-reste-recommande?id=10786675.

22 https://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/protocole-nationale-sante-securite-en-entreprise.pdf.

also mentions telework; in particular, it recommends the need to maintain links within the work group and the prevention of risks associated with the isolation of teleworking employees.

What particularly catches our attention is that the Labour Code stipulates that in the event of an epidemic threat, the employer can implement telework. Indeed, during confinement, telework was compulsory for all employees who could work telework[23]. However, this regulation on telework has just relaxed since June 9, 2021, it suffices for employers to set, within the framework of local social dialogue, a minimum number of teleworking days per week, for the activities which allow it[24].

In Switzerland, Covid-19 Regulation was adopted in April 2020 for reconciling the various interests. Namely, employers have to allow vulnerable employees at risk (those over 65 years of age and those having illnesses such as high blood pressure, diabetes, cardiovascular diseases, chronic respiratory diseases, etc.) to work from their home and undertake the indispensable organizational and technical measure. Employers have to offer these employees appropriate alternative tasks if it is necessary[25]. In addition, a home office obligation was introduced in principle, however, employer will be exonerated from this duty in the case where the nature of activity does not make possible home office or this one is not able to be implemented even if employer does reasonable effort[26].

(c) Asia

In Republic of Korea, telework is the issue mentioned in the guideline published by MEL in order to ensure teleworker's safety and health. This guideline clarifies working time, overtime work and industrial injuries during telework[27].

23 Le gouvernement français, « Travail - Info Coronavirus », mis à jour le 9 juin 2021, https://www.gouvernement.fr/info-coronavirus/retour-au-travail.

24 La Protocole national, op.cit., supra note 22.

25 Kurt Paëli, « COVID-19 and Labour Law: Switzerland », p.4, Italian Labour Law e-Journal Special Issue 1, Vol. 13 (2020); Jean-Philippe Dunand et Rémy Wyler, « Mesures d'exception et droit au salaire en Suisse durant la pandémie du COVID-19 », Droit social, septembre 2020, p.704.

26 Kurt Pärli, « New challenges of Social Security: The Covid-19-reponse of Switzerland », 2021, p.4.

27 Sion Gil, « COVID-19 and Labour Law: Republic of Korea », p.2, Italian Labour Law e-Journal Special Issue 1, Vol. 13 (2020).

Japanese Ministry of Health, Labour and Welfare set up a "Telework Comprehensive Portal Site". In this site, the Ministry offers information related to telework and to its introduction and utilization, such as a consultation window for telework and Q&A on telework[28]. Telework is subject to the same laws and regulations as work carried out on company premises. There is no specific legislative and regulatory framework applicable to this working method. This Ministry issues administrative instructions about the modalities of the application of the law on working standards and about occupational health and safety at telework in 2004, and more recently it published the guideline on telework in 2018.

This guideline gives the recommendations intended for employers, unions, representatives of the majority of employees engaged in the establishment on the implementation of telework, or organization of telework arrangements, the conditions for the implementation of telework. This guideline shows its concern about the psychological risk, in particular arising from the isolation of an employee working from home. In addition, this Ministry introduced a subsidy intended to cover part of the equipment costs to stimulate small and medium-sized enterprises to set up telework (this subsidy is no longer available). It should be mentioned that the internal regulations drawn up unilaterally by the employer can give him the power to unilaterally fix the place where an employee performs his work, including his domicile, according to business necessity of the company, except in the case where there is a majority union that can consult with management on the establishment of telework and its implementation.

IV. CONCLUSIÓN

By brief overview on the documents provided by WHO and ILO in **II.**, we confirm that these two international organizations are very active to face the health, economic and social crises resulting from the global epidemic of COVID-19 and that they fully assume their roles at the global level. The author was note able analyze in detail on measures implemented by national governments, nevertheless, we recognize strong similarity between measures adopted by national governments and those recommended by these international organizations. It should not be forgotten that above all ILO stresses the importance of economic

28 Qi Zhong, « COVID-19 and Labour Law: Japan, p.2, Italian Labour Law e-Journal Special Issue 1, Vol. 13 (2020).

policy intended to support business and gradually revive the national economy to prepare for the post COVID-19.

A brief overview on telework at international, European and national levels allows us to find some information. First, in dealing with the very rapid spread of COVID-19, some countries resorted to confinement and thus forced employers and employees to telework under certain conditions and reservations. Because telework is almost unanimously considered as one of the effective preventive measures, while it is true that telework is not the miraculous solution because there are many tasks which cannot be adapted to telework because of their nature. Except for telework forced during confinement or under other sanitary conditions, ILO, European Union and certain countries stress the voluntary nature of telework and insist on the right to disconnect. The main concern about telework is its risks for employees in telework, in particular, the psychological one and social isolation. This is the reason why the modality of control of working hours by the employer, the training of executives and line managers and the regular maintenance by management with employees in telework. Author does not analyze question of costs of equipment for telework, but this topic is attracting a lot of attention from ILO and some governments. Finally, some countries already put in place regulations specific to telework through laws or decrees, while the Japanese government is content to let the Ministry of Health, Labour and Welfare to issue the non-binding telework guidelines.

TRABAJADORES MIGRANTES

MIGRANT WORKERS

MIGRANT WORKERS

HELGA ŜPADINA (CROATIA)

Associate Professor of Law at the Faculty of Law Osijek, Croatia. Her research interests and expertise lies primarily in the area of migration law, labour and social law, international refugee law and human rights law. She has working experience with the UN DPKO, UNHCR, IOM, UNODC, UNRWA, OHCHR and OSCE in South-East Europe and Middle East on legal protection of refugees, migration management and anti-human trafficking. Professor Špadina provides regular advice to the various UN agencies, the European Commission and other European and international organizations on labour migration, labour law and social policy and antidiscrimination law.

PETRA HERZFELD OLSSON (SWEDEN)

Professor of labour law at the Faculty of Law, Stockholm University. Her fields of research are labour law, European law, and human rights law. She is particularly interested in international aspects of labour law. In her dissertation, professor Herzfeld Olsson investigated the scope of workers' rights to freedom of association in UN-, Council of Europe- and EU law. Her interest in the role of human rights in working life and the interaction between different levels of law has continued to guide her research.

1. STARTING POINTS

The work described in this report has been governed by the COVID-19 crisis in a number of different ways. First and foremost, it has affected our substantive focus. Migrant workers, after all, belong among the groups hit hardest by the pandemic. It has had a significant and often detrimental impact on them. The impact has many different faces: migrants are often essential personnel, unable to work remotely or, indeed, to socially distance at the workplace or left without sufficient personal protective equipment (PPE), subject to insufficient social protection and income support measures. In some countries, what is more, they have been at increased risk of infection because of substandard and crowded accommodation.[1] In response to this unprecedented health emergency, some governments have eased the procedures and requirements for work permit extensions, regularized undocumented employment and recognized the need to improve the standard of accommodation provided by employers.[2] In other cases, no such measures have been taken and labor migrants have been left in very difficult situations.[3]

The consequences of the pandemic have also affected our own work on producing this report. It has prevented many colleagues around the world from participating, for example. We are therefore particularly grateful for the input received, beside our own national reports, from Camas Roda, F. (Spain), Doğan Yenisey, K. (Turkey) Jorens, Y (Belgium) Kovačević, Lj., Latković, B. (Serbia) Kwang-Taek, L. (South Korea), Pétremand, S. (Switzerland), and Todorova, B. (North Macedonia). It has been essential to our work.

Although the main focus of this report is on how the COVID-19 crisis has affected labor migrants in different parts of world we will not forget that

1 ADBI, OECD, ILO, Labour Migration in Asia: Impacts of the COVID-19 crisis and the Post-Pandemic Future, 2021, https://www.oecd.org/migration/labor-migration-in-asia-a5d6e6aa-en.htm, p vi.

2 Ibid.

3 See chapter 7.

such effects have not occurred in a vacuum. In many cases the sufferings faced by labor migrants due to the pandemic may be explained by factors that have been problematic for a long time. Labor migration was, as is well known, already identified before the pandemic as an "increasingly complex and dynamic phenomenon taking place within and between all regions of the world".[4] One important explanation of this is that "temporary labor migration, particularly of low-skilled workers, is exceeding permanent flows, and this presents a significant governance challenge in terms of ensuring decent work and reducing migration costs for this category of migrant workers".[5] At the last World Congress in Turin, Professor Dogan Yenisey presented a comprehensive report with the title "Safeguarding the rights of migrant workers: another challenge for labor law?".[6] She ended the report as follows: "To implement the principle of equality between migrants and nationals as regards labor and social security rights, labor law should develop a specific approach, which will prevent vulnerabilities and exploitation in the market and strengthen labor law institutions. The risk mutualization may help to capture the insights of the complex migration phenomenon".[7] To a certain extent the constructive measures taken by governments and others to reduce suffering during the pandemic generally reflect what Professor Dogan Yenisey suggested. We will come back to that in the conclusions.

The national rapporteurs have highlighted different aspects of relevance to the complexity of their national contexts. We will partly base this report on those accounts. This means that to a large extent the report will not give a comprehensive overview of the global situation for labor migrants, but touch mainly on specific challenges important in particular national settings. Our ambition is to draw a line between challenges discussed before the COVID-19 crisis and problems that have occurred during it, discussing whether the crisis has made it possible to draw some lessons on how to improve the governance of labor migration in the future.

4 International Labour Office, Report IV Addressing governance challenges in a changing labour migration landscape, Report IV International Labour Conference 106th Session 2017, p 5. (hereafter ILO 2017).

5 Ibid.

6 Doğan Yenisey, K., Safeguarding the Rights of Migrant Workers: Another Challenge for Labour law? In Transformations of Work- Challenges for the Institutions and Social Actors (eds) Giuseppe Casale, G. and Treu, T. Bulletin of Comparative Labour Relations – 105 (Wolters Kluwer, 2019), p 227-291.

7 Ibid 291.

The aspects that dominate discussions on labor migration differ depending on the category of workers being talked about, for example, highly skilled or low skilled labor migrants. The World Economic Forum in 2018 identified the global race for talent as one of the most important ways in which competitiveness and growth are fostered. Many policy-makers face the challenge of attracting the "best and brightest". The most attractive prospects include start-ups[8] and investors. According to the OECD,

> mobile individuals are picking and choosing countries in which to study, work and invest based partly on how favourable the policies regarding family members and longer-term settlement are. Although employment conditions are key to attracting talents, migration policies do make a difference. The OECD Talent Attractiveness indicators show that many countries could improve their ranking by more favourable migration policies for highly qualified labor migrants.[9]

The situation concerning the largest group of labor migrants in the world, however, so-called "low skilled labour migrants" – such as seasonal and domestic workers – is rather different. Exploitation and inhuman conditions are rampant. In this case the question is seldom how we could change the nexus between labor law and migration law to make it more attractive to enter a country, but rather how to safeguard decency, fairness and basic human rights.[10]

We are aware that the division between highly skilled and low skilled labor migrants is not clear cut and involves a number of simplifications.[11] We will touch upon that, but nevertheless the report frames its content in terms of these two categories. In the pre-COVID-19 parts of the reports we chose to focus on groups that have been particularly affected by the pandemic, such as health professionals, seasonal workers and domestic workers.

Migrant workers include many categories of migrants. The channels used to enter a particular country for work differ. Some migrant workers enter with the support of work permits, but many others use different channels. Some migrant

8 OECD Migration Policy Debates N 21, January 2020, How to Make Labour Migration Management Future-Ready, p 1.

9 Ibid p 2.

10 See for example Joanna Howe and Rosemary Owens, Temporary Migration in the Global Era: The Regulatory Challenges, in Johanna Howe and Rosemary Owens (eds) Temporary Labour Migration in the Global Era – The Regulatory Challenges (Hart Publishing 2016) p 4 et sec.

11 Weinar et al, Highly Skilled Migration: Concept and definitions, Springer 2020.

workers have temporary residence permits and some permanent ones. In the report different categories are discussed in different contexts and we hope that it is relatively clear what kind of group is being discussed in a particular section.

The report is structured as follows:

After this introduction, in section 2 some technical aspects, including the numbers, geographical allocation, sectors and skills of labor migrants are introduced. However, this part will be kept to a minimum (further reading is available in, for example, the recent ILO edition of *ILO Global Estimates on International Migrant Workers*).[12] The perspective taken when discussing migrant workers depends on the focus of the entity to which the discussant belongs. This also applies to international organizations and some of the relevant perspectives are introduced in section 3. In section 4 the pre-pandemic situation for workers in highly skilled segments of the health sector and in the lower skilled domestic and seasonal work sectors is introduced from both a general and – partly – a national perspective. Already before COVID-19 there was a lack of decent work for many migrant workers. One example is the wage-gap between migrant workers and other workers. The fact that many migrant workers are performing their work in the informal sector and/or in atypical employment is one explanation. These conditions are introduced in section 5 in order to provide the background to the particular difficulties that the pandemic has brought for many migrant workers. In section 6 a constructive way forward is discussed, namely the migration partnerships agreements concluded by some of the countries represented in this report by national reports. The pandemic has affected migrant workers in different ways and in section 7 examples are given regarding entry conditions, access to the labor market, the right to remain, social security rights and labor rights. We end the report with some concluding remarks building on the conclusions of the report on migrant workers presented at the last World Congress in Turin, authored by Professor Doğan Yenisey.

12 International Labour Organization, ILO Global Estimates on International Migrant Workers, Results and Methodology, third edition, Geneva 2021.

2. MIGRANT WORKERS – SOME BASIC FACTS CONCERNING NUMBERS, COMPOSITION AND GEOGRAPHICAL ALLOCATION

2.1. Numbers

The 2020 IOM World Migration report states that "the number of international migrants is estimated to be almost 272 million globally, with nearly two-thirds being labour migrants".[13] While the migrants' share of the world population has barely changed over the past six decades, remaining stable at 2.5–3.5 percent, migration is increasingly concentrated in a handful of destination high-income countries with ongoing labor shortages, high demand in certain sectors and occupations, and relatively liberal immigration policies.[14] Two-thirds of the world's migrants live in North America, Western and Eastern Europe, and the oil-exporting Gulf Cooperation Council countries in the Persian Gulf. The share of migrants in Western European countries has increased especially rapidly over the past four decades, rising from 18 to about 25 percent of the world migrant population.[15]

The ILO emphasizes that, on global average, migrant workers constitute 4.9 percent of the labor force of destination countries, with the figure being reported for the Arab States (41.4 percent).[16] The country from which the largest group of migrants originate is India, followed by Mexico, China, the Russian Federation, Syria, Bangladesh, Pakistan, Ukraine and the Philippines.[17] In Euro-Asian context, most sending countries are in Eastern Europe and Central Asia, while high-income (mostly) EU member countries in Western, Southern, and Northern Europe receive the largest share of migrants.[18] Specific corridors have developed, the largest tending to be from developing countries to larger economies, such as the United States, France, the Russian Federation, the United Arab Emirates and Saudi Arabia.[19] In the Gulf States, over 95 percent of the

13 IOM, World Migration Report 2020, p 2 (hereafter IOM 2020).

14 The World Bank, Migration and Brain Drain, 2019, p 26, https://documents.worldbank.org/en/publication/documents-reports/documentdetail/657051570692065211/world-bank-eca-economic-update-fall-2019)

15 Ibid.

16 International Labour Organization, ILO Global Estimates on International Migrant Workers, Results and Methodology, third edition, Geneva 2021.

17 IOM 2020 (footnote 13), p 26.

18 The World Bank, Migration and Brain Drain, 2019 (footnote 14) pp 26 and 30.

19 IOM 2020 (footnote 13), p 2.

labor force in construction and domestic work comprises migrant workers.[20] In certain developed countries, such as Switzerland, foreign nationals make up a quarter of the resident population.[21]. This means that one out of every three hours of work in Switzerland is performed by a foreigner.[22]

Other important, though narrower corridors exist throughout the world.[23] Even if the majority of migrant workers are in high-income countries, the proportion there has declined slightly. Between 2013 and 2017, a slight drop was noted, from 112.3 to 111.2 million. Upper middle-income countries experienced the opposite development, with a rise from 17.5 million to 30.5 million.[24] This shift may be explained by economic growth in middle-income countries and/or changes in labor immigration regulations in high-income countries.[25] The share of migrant workers in the total workforce across country income groups was fairly small in low income (1.9 percent), lower income (1.4 percent) and upper middle-income countries (2.2 percent), but much larger for high-income countries (18.5 percent).[26]

Within the OECD, more than 4.9 million labor migrants entered OECD countries through temporary migration programs in 2017, an increase of 11 percent since 2016.[27] Permanent labor migration increased by 6 percent.[28] Poland was the top OECD destination for temporary labor migrants, with 1.1 million new authorizations issued to non-EU workers and 21,000 intra-EU posted workers. The United States remained the second most popular destination, with 691,000 new temporary workers in 2017.[29] It is also important to note that temporary migrants encompass a number of different categories at

20 Ibid, p 34; ILO 2017 (footnote 4) p 7ff.

21 Federal Statistical Office, Panorama de la société Suisse, Unine/Unifr, 2020, p. 74, cited in: Pétremand, S., National report for Switzerland for the World Congress of Labour and Social Law, 2021.

22 Ibid. Federal Statistical Office, Rapport statistique sur l'intégration de la population issue de la migration, 2017, pp. 13 and 29.

23 IOM 2020 (footnote 13) p 58 ff.

24 Ibid, p 3. On the share see also ILO Global Estimates on International Migrant Workers, 2018, p xi.

25 IOM, 2020 (footnote 13) p 33; see also ILO ibid.

26 IOM, 2020 (footnote 13) p 33.

27 OECD International Migration Outlook 2019, p 18, p 25 (hereafter OECD 2019). On temporary labour migration see also ILO 2017 (footnote 4) p 12 ff.

28 OECD 2019, (footnote 27) p 24. On permanent migration to the OECD-countries see also ILO 2017 (footnote 4) p 11f.

29 Ibid. p 18.

varying skill levels within the OECD, including highly skilled engineers, IT consultants, intra-company transferees and posted workers, and lower-skilled seasonal workers and working holidaymakers.[30] Other OECD and non-OECD recipients of temporary labor migrants are Australia, Brazil, Republic of Korea, Mexico, New Zealand, the Russian Federation and the Gulf states.[31]

Intra-EU/EFTA posted workers represented the main recruitment channel for temporary workers within OECD, with almost 2.7 million postings. With about 800,000 new work authorizations granted in 2017 a 16 percent increase on 2016, seasonal programs were the second largest channel for temporary labor migration,[32] although in some countries their share was significantly higher (in Poland it was 47 percent and in the United States it was 23 percent.[33]

Ageing populations and declining labor forces in most advanced economies and some large emerging economies suggest that migrant workers will play an important role in maintaining labor supply and filling labor shortages, as well as in contributing to social protection funds in these countries.[34]

2.2. Gender Composition

There are about 99 million male migrant workers (58.5 percent) and 70 million female migrant workers (41.5 percent).[35] The higher proportion of men among migrant workers may be explained by the higher likelihood that women will migrate for reasons other than work, as well as possible discrimination, which reduces their employment opportunities.[36]

According to the ILO, particular attention should be given to the situation of women migrant workers, who are overrepresented in the informal economy and among undocumented workers, and carry a more significant burden of unpaid work in many countries.[37] Migrant women workers "face a double penalty in terms of labor market segregation and discrimination" and therefore,

30 ILO 2017 (footnote 4) p 13.
31 Ibid.
32 OECD, 2019 (footnote 27) p 18, p 29.
33 Ibid.
34 ILO 2017 (footnote 4) p 10.
35 ILO Global Estimates on International Migrant Workers, 2021 (footnote 16) p 12.
36 ILO Global Estimates 2021 footnote 16) p 12 and 21-22.
37 ILO "Protecting Migrant Workers during the COVID-19 Pandemic: Recommendations for Policymakers and Constituents". Policy Brief, April 2020, 2

all labor migration policies have to be gender sensitive.[38] Women are "over-represented in non-standard employment, such as temporary agency work and part-time jobs, which is also the result of discrimination, poor transferability of skills and low bargaining power".[39] They are also disproportionately represented in care and domestic work. In section 4, domestic work, will be examined in a bit more detail.

2.3. Division of Skills, Education and Sectors in which Migrant Workers Are Found

Skills

Different categories of migrant workers are often distinguished on the basis of skills. These skills can refer to what is needed for the work carried out in the destination state or to the skills a particular labor migrant has acquired. It is clear that the skills required for a job in many cases do not correspond to the skills acquired by a particular labor migrant.[40] Migrant workers are to a larger extent than other workers over-qualified for their job. In Switzerland, for example, the migrant population has significantly higher rates of over-qualification than nationals, especially in the first generation of migrants, among non-EU/EFTA nationals and women.[41] The World Bank reports the labor migration of 55 percent of the higher qualified citizens of Bosnia and Herzegovina; more than 40 percent of citizens in Armenia and Latvia; and almost 40 percent of the nationals of Albania, Kazakhstan, Moldova, North Macedonia, and Romania.[42]

High-skilled labor migrants generally find it easier to settle in a destination country than low-skilled workers.[43] Nevertheless, it is important to keep in mind that the distinction between high-skilled and other labor migrants is not always clear.[44] In many cases, labor migrants selected for their skills are "nonetheless

38 ILO 2017(footnote 4) p. 19 (ILO 2016 pp 144-152).

39 Ibid.

40 EUROSTAT Labour Force Survey 2020, Press Release published on 21 July 2021, https://ec.europa.eu/eurostat/web/products-eurostat-news/-/ddn-20210721-1.

41 Federal Statistical Office, Rapport statistique sur l'intégration de la population issue de la migration, p 33, cited in: Pétremand, S., National report for Switzerland, 2021, p 3.

42 The World Bank, Migration and Brain Drain, 2019, p 62.

43 ILO 2017 (footnote 4) p 11.

44 Weinar et al, Highly Skilled Migration: Concept and definitions, Springer 2020.

unable to practice in an occupation due to difficulties in professional licensing."[45] "Skill mobility partnerships" between destination countries and origin countries have been one way forward in some countries.[46] Over one-third of all labor migrants are considered to be so-called skill-based.[47] It was estimated (ILO) in 2012 that there would be "a potential global shortage of up to 85 million highly skilled and medium skilled workers in 2020".[48] Sectors and/or professions mentioned in this regard are health care, engineering and information technology.[49]

Lower skilled labor migrants constitute the large majority of migrant workers worldwide. Furthermore, their share has been growing in recent years. This gives rise to serious concerns regarding the efficiency and equity of labor migration.[50]

Sectors

Over 71.1 percent of all migrant workers in 2013 worked in the service sector. Of these 7.7 percent were domestic workers (there were 11.5 million domestic workers in total). Many labor migrants work in industry, including manufacturing, and in agriculture (11.1 percent).[51] Low- and medium-skilled workers are involved mainly in agricultural activities, construction, manufacturing and freight transport.[52]

It is interesting to note that in Switzerland, the main five economic sectors employing migrant workers are food and hospitality (69 percent), consultation and IT (19 percent), health care (4.4 percent), culture, sports and leisure, and personal services.[53] Switzerland currently has about 50 percent low-skilled migrants and 50 percent highly skilled migrants, which is something new compared with the 1990s, when migrants were employed mainly in low-skilled

45 Migration Policy Institute, Batalova, J., Fix, M., Fernández-Peña, J. R., The Integration of Immigrant Health Professionals Looking beyond the COVID-19 Crisis, Issue Brief, April 2021 (hereafter MPI April 2021),

46 Weinar et al, Highly Skilled Migration: Concept and definitions, Springer 2020.

47 ILO 2017 (footnote 4) p 12 et sec.

48 Ibid p 14.

49 Ibid p 16.

50 Ibid p 11.

51 Ibid p 8 f.

52 OECD 2019 (footnote 27) p 25.

53 State Secretariat for Migration, Statistiques sur l'immigration : Les étrangers en Suisse, Année 2019, Berne 28.1.2020, cited in: Pétremand, S., National report for Switzerland, 2021.

jobs. Currently, Switzerland attracts more highly skilled migrants than other European countries: the number of such migrants has more than doubled since 1991; most of them come from Germany, Austria, France, Great Britain, the United States, Canada and India.[54]

3. DIFFERENT STARTING POINTS FOR DIFFERENT STAKEHOLDERS

Perspectives on labor migration differ between stakeholders. The OECD's starting point in its Migration Outlook for 2019 is ensuring that labor migration contributes to growth while avoiding negative effects – especially negative labor market impacts – on residents.[55] Granting a temporary stay is one of the main policy tools for achieving this objective.[56]

The OECD reports that countries are constantly adjusting the criteria upon which their labor migration programs are based, in an effort to ensure better selection procedures to meet their skills needs. Several countries have modified their points systems to this end.[57] The systems described in the OECD report seem to focus on talent and highly skilled labor migrants.[58]Another aspect is to use these mechanisms to encourage skilled and/or seasonal labor migrants to take up jobs in remote areas. Examples include Australia, Canada, New Zealand[59] and Korea.[60]

In the OECD Migration Policy Debate No. 21 January 2020, the OECD asks how to make labor migration management future-ready?[61] National examples are highlighted, including sector-specific pilot measures targeting agro-food in Ireland, Canada and the United Kingdom.[62] Others direct the focus to specific regions within a state.

The World Bank argues in similar ways. A World Bank report emphasized that

54 Federal Statistical Office, Panorama de la société Suisse, p 74, cited in: Pétremand, S., National report for Switzerland, 2021.
55 OECD 2019 (Footnote 27), p 119.
56 Ibid.
57 Ibid p 19, p 47ff.
58 Ibid p 47ff.
59 Ibid p 51.
60 OECD Migration Policy Debates, No 21, January 2020 (footnote 8), p 1.
61 Ibid.
62 Ibid.

> labour mobility can address many of the long-run challenges the Europe and Central Asia region is facing, such as the burdens created by demographic pressures arising from population aging and low fertility rates. The main difficulty is designing policies that will enable the region to take advantage of the gains generated by labour mobility and address the costs of migration. The policy debate should focus on managing external and internal migration so that the region can more effectively transition to a competitive, inclusive, efficient, and integrated market.[63]

The ILO has taken another starting point in its report "Addressing governance challenges in a changing labour migration landscape" from 2017.[64] The starting point is fairness. In 2014 the ILO published the report "Fair migration: setting an ILO agenda". This perspective does not prevent the ILO from discussing "the governance of labour migration in the light of the rapidly changing nature of work, widening economic and demographic disparities, and the need for skills and job matching to meet labour market needs".[65] But the focus and concerns are very different: The challenges in governing labour migration will grow, according to the ILO, due to trends such as technological changes, evolution of the employment relationship and erosion of the social contract between the state and other actors".[66] Less-skilled migrant workers are exposed more frequently to "decent work deficits and bear higher migration costs".[67] The ILO has also demonstrated that the shortcomings and vulnerabilities already created before the pandemic have turned out to lead to extremely severe difficulties for migrant workers during the pandemic.[68] The COVID-19 crisis has "exacerbated pre-existing decent work deficits, increased poverty, widened inequalities, and exposed the digital gap within and among countries."[69]

In the 2030 Agenda for Sustainable Development, Goal 8 on decent work and economic growth – namely target No. 8.8 – underscores that labor rights and safe and secure working environments should be protected for all workers,

63 The World Bank, Migration and Brain Drain, 2019, (footnote 14) pp. 25-26,

64 ILO 2017 (footnote 4), p 1.

65 Ibid.

66 Ibid.

67 Ibid p 11.

68 ILO, Inequalities and the world of work, International Labour Conference 109th Session 2021, International Labour Office, Geneva, 2021, see for example paras 2, 11, 12, 21, 37, 43, 4447, 49, 51, 79, 89.

69 International Labour Conference, 109th Session, Resolution concerning a global call to action for a human-centred recovery from the COVID-19 crisis that is inclusive, sustainable and resilient (17 June 2021) para 3.

including migrants, in particular women migrants and those in precarious employment.[70]

The adoption of the Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration in 2018 gave a "reason to hope for a new era of international cooperation on cross-border movements".[71] The Global Compact was described as "the first internationally negotiated statement of objectives for migration governance, striking a balance between migrants' rights and the principle of states' sovereignty of their territory".[72] Through 23 objectives, the Global Compact aims to foster cooperation among states in regulating the movement of people across international borders,[73] but with the advent of COVID-19 legitimate concerns were raised about whether the Global Compact might still be relevant in the new circumstances of a "worldwide crisis of immobility".[74] Detailed study of Compact commitments whose implementation might help states to respond to the acute stage of pandemic disruption demonstrated that the Global Compact did not lose its relevance in the COVID-19 era.[75] On the contrary, MPI puts forward arguments that none of its commitments became irrelevant, and indeed that they have the potential to become essential to restoring international migration in the post-pandemic era and be vital in removing pandemic-related impediments to the mobility of migrant workers.[76] These arguments include reducing vulnerabilities during migration, strengthening consular services, using detention only as a last resort, and providing migrants with access to basic services (such as health care), coordinated border management (including pre-screening of arriving persons); legal identity and adequate documentation for all migrants; and clear, predictable migration procedures for screening and assessment, in order to refer migrants to the appropriate channels for possible admission and stay.[77]

---

70 UN transforming the world 2016, https://www.un.org/sustainabledevelopment/sustainable-development-goals/

71 Migration Policy Institute/German Cooperation Deutscher Zusammenarbeit, Policy brief by Newland, K. Will International Migration Governance Survive the COVID-19 Pandemic?, 2020, p 3 https://www.migrationpolicy.org/sites/default/files/publications/globalcompact-migration-governance-pandemic-final.pdf

72 IOM, 2020 (footnote 13) p 291.

73 See footnote 50, p 4.

74 Ibid.

75 Ibid, p 4.

76 Ibid.

77 MPI, 2020 (footnote 72).

4. DIFFERENT STARTING POINTS FOR DIFFERENT CATEGORIES OF LABOR MIGRANTS

4.1. High-skilled Labor Migration with a Focus on Health Professionals

High skilled migration in general is one of the main foci of all national, regional and international labor migration regulations because of its impact on the reduction of labor shortages, filling skill gaps, innovation, productivity, international competitiveness, economic growth and taxation for the destination country, but also on poverty reduction for the country of origin of migrant workers.[78] Therefore, it is not surprising that the richest and most successful countries benefit most from high-skilled migration. Four destination countries – the United States, the United Kingdom, Canada and Australia – receive more than two-thirds of the world's high-skilled migrants.[79] The World Bank reports that high-skilled migrants are disproportionately attracted to higher-income countries with liberal and skill-selective immigration policies and higher returns to human capital, as they have an easier time overcoming physical distances, linguistic differences and policy barriers.[80]

Of all high-skilled migrants, health care workers are in the most controversial position because their migration can be regarded as a multiple loss, not only in terms of the cost of their expensive education (in many countries often fully funded by the state), but also in terms of the brain drain and shortages of medical personnel in their home country. The two leading international organizations in the field of migration of health workers – the IOM and the WHO – have strongly emphasized the dual nature of migration of health care providers: the global shortage of health professionals and the consequent global imbalances between the availability of health workers and the burden of disease (the WHO gives the example of Sub-Saharan Africa, which has the world's lowest density of doctors and nurses, at only 3 percent, the highest disease burden, at

78 Cf. Peri, Giovanni, and Chad Sparber. 2009. 'Task Specialization, Immigration, and Wages.' American Economic Journal: Applied Economics 1 (3): 135–69, and National Academies of Sciences, Engineering, and Medicine. 2017. The Economic and Fiscal Consequences of Immigration. Washington, DC: National Academies Press.cited in: The World Bank, Migration and Brain Drain, 2019, p 40.

79 Ibid, p 57.

80 Ibid, p 34.

24 percent, and less than 1 percent of the world's financial resources to attempt to cope with this burden).[81]

The European Migration Network (EMN) emphasize that developments in health care linked to the delivery of services and digital transformation add to the need for new skills in the future.[82] They also note that the health sector is heavily regulated within Member States, making migrants' access more challenging, so the EU has been attracting migrant workers, but through non-labor migration channels.[83] There are some initiatives aimed at increasing international recruitment, often in cooperation with third countries and encompassing a comprehensive package, including recognition of qualifications, workplace training, inclusion and mentoring. But this can be done only if we improve data gathering to map demand and supply, develop skills through strategic planning (including transversal and soft skills) and strengthen governance.[84]

Consequently, the labor migration of health professionals currently has two interesting aspects from the standpoint of labor law and labor mobility regulation: first, the abovementioned pre-COVID-19 aspect, including a possible brain drain from countries of origin, and second, a novel aspect, namely the need to respond to the pandemic in the face of serious shortages of health professionals and other vulnerabilities of public health care systems around the world. This points to a need to change restrictive regulations on the employment of international health professionals.

Five years ago, the World Health Organization estimated that the global shortage of health workers is 17.4 million workers. This is because of the undersupply of medical and nursing school graduates, the high cost of labor as a national health expense for governments, and demographic change and negative birth rates in developed countries.[85] The IOM points out that the well-managed migration of health workers can play a key role in development overall, as well as in building the capacity of health systems, not only in receiving countries,

81 WHO, https://www.who.int/whr/2006/06_chap1_en.pdf

82 EMN – JRC – DG HOME Briefing Paper, Roundtable on the EU labour migration policy: time to move from a skill-based to a sector-based framework? 5 November 2020, https://emn.ie/wp-content/uploads/2021/01/00_labour_migration_roundtable_briefing_paper.pdf

83 Ibid.

84 Ibid.

85 The World Bank, Migration and Brain Drain, 2019 (footnote 14) p 63.

but also in countries of origin. In order to promote good practices and prevent any negative effects of health worker migration, the WHO has developed the Global Code of Practice on the International Recruitment of Health Personnel, with strategies to enable both sending and destination countries to decrease their reliance on foreign-trained health workers and mitigate the negative effects of health personnel migration on the health systems of developing countries. These include, for instance: aligning government education spending with employment opportunities; not hiring directly from countries with the lowest health care worker-to-population ratios; and adopting innovative financing mechanisms, allowing local and private entities to provide funding complementary to government subsidies to health worker training.[86]

In the global race for the recruitment of specialized health workers, the Eastern European countries, particularly countries of the Western Balkans, have become one of the main suppliers of health care staff. The World Bank reports that 14 percent of the population of Serbia and 48 percent of the population of Bosnia and Herzegovina have emigrated, the majority of migrant workers being in the health sector.[87] Bulgaria, Croatia and Romania report high levels of out-migration for all health workers, despite high vacancy rates in their domestic health sectors.[88] Prior to COVID, Croatia was lacking 12,000 nurses and in the period between 2008 and 2018, 7,459 nurses left the Croatian health care system to seek employment in other EU Member States (official data on employees of health care institutions; the exact number of medical nurses who left immediately after training is unknown).[89] In the same period, more than 1,000 specialist doctors emigrated from Croatia to find work abroad, while almost another thousand are in the process of emigrating. The same applies to all other medical professionals, resulting in current estimated 10–35 percent labor shortages in health care and a projected loss of one-third of medical doctors in the next five years.[90] Bearing in mind the that majority of Eastern European

86 IOM, WMR, 2020 (footnote 13).

87 The World Bank, Migration and Brain Drain, 2019 (footnote 14), p 63.

88 Ibid.

89 Juric, T., Najskuplji liječnik i sestra su oni kojih nema/The most expensive doctor and nurse are the ones lacking from the system, Medix, October/November 2020, 26/144/145, p 30, https://www.researchgate.net/publication/347465149_Najskuplji_lijecnik_i_sestra_su_oni_kojih_nema_Medicinski_casopis_M_E_D_I_X_2_0_2_0, cited in: Špadina, H. National Report for Croatia, 2021.

90 Hrvatska liječnička komora. Digitalni atlas hrvatskog liječništva, 2020, https://www. hlk.hr/digitalni-atlas-hrvatskog-lijecnistva.aspx, cited in: Juric, 2020, p 30, cited in: Špadina, H. National

nationals benefit from publicly funded medical education, it is clear that the fiscal burden of labor migration among health professionals should not be neglected, in addition to the impact on the quality of and access to medical care. A notable feature of the Croatian and Serbian education systems is the recent establishment of undergraduate and graduate programs for medical education in German and English.[91] The existence of these programs raises concerns that an even higher number of Croatian and Serbian medical professionals might be interested in emigrating after graduation.

From a labor law perspective, Eastern European health care professionals are emigrating mainly to other EU countries because at home they are often subject to labor exploitation, unpaid overtime, fixed term contracts, insufficient opportunities for specialization, low salaries, even below the national average, unrecognized MA-level nursing qualifications, and a lack of opportunities for promotion.[92] Interestingly, the governments in the region seem aware of the reasons for this massive emigration, but nothing is being done to solve existing issues and improve the labor protection of health professionals. Simultaneously, there is no strategic approach to the brain drain in this area, nor any effort to reach out to foreign health care professionals and/or organize the labor immigration of health care personnel. For example, since Croatia became an EU member, labor migration has increased significantly, with an estimated 200,000–250,000 nationals leaving the country. Incoming and outgoing labor migration is unregulated, without migration management and in a legal environment characterized by over-normativity and complexity of laws, regulations and procedures for incoming migrant workers.[93] The majority of health care migrant workers employed in Croatian health institutions are from neighboring countries. This is not surprising given the language proximity and similarity of medical education systems. Nevertheless, there is no effort or initiative to conclude bilateral or multilateral migration agreements, which would regulate the inflow of medical

Report for Croatia, 2021.

91 http://www.mefos.unios.hr/index.php/hr/, http://www.mefst.unist.hr/studies/medical-studies-in-english/83, http://www.mefst.unist.hr/studies/medical-studies-in-english/83, https://medical-studies-in-english.com/ , https://mse.mef.unizg.hr/admission/admission-requirements/ and Kovačević, Lj., Latković, B., National Report for Serbia, 2021.

92 Juric, 2020 (footnote 90) p 30.

93 Špadina, H. Croatian Migration Law: Over-normativity in Search of a Balance between Migration Control and Migrant Rights, in: Foblets, M.C., Carlier, J.Y (eds.), Law and Migration in A Changing World, Springer, ISBN 978-3-319-99508-3, https://www.springer.com/gp/book/9783319995069, in press, cited in Špadina, H, National Report for Croatia, 2021.

personnel and provide a clear legal and procedural framework for the employment of health professionals, particularly taking into consideration extremely low internal labor mobility.

In Serbia, the majority of health workers have migrated to Germany through the mechanisms established under the so-called "Triple Win" project (for more see p. 14 of this Report). But a significant number of health workers have also migrated to Germany in search of employment without the involvement of the National Employment Agency, simply using the recruitment services of German employment agencies.[94]

Serbia, Croatia, Bosnia and Herzegovina and all the other countries of the former Yugoslavia share the same labor law concerns related to the labor migration of health professionals, whose medical studies and the cost of medical specialization were publicly funded (covered by the public health institution). National health care laws stipulate that health workers are legally obliged to work for the public health-care institution twice as long as the period of specialization, as stipulated by all the abovementioned countries.[95] Being obliged by the civil law to respect employment contracts and work in countries of specialization, labor migration represents a breach of contractual terms. In the past few years, hospitals and other public health care institutions have demanded reimbursement of specialization costs, including costs of scholarships, exams, issuing of diplomas, besides the wages paid to these workers during specialization.[96] The Serbian National Report highlights that some public health-care institutions have also demanded, alongside the costs of specialization, compensation for damage caused by the termination of institutional employment and by the fact that institutions have been unable to engage other health-care workers during the period the migrating worker was expected to work.[97] The Medical Chamber refused to issue a certificate concerning the employment of departing health-care workers without the payment of compensation for the costs of their specialization. This subsequently led to legal proceedings.[98]

94 Kovačević, Lj., Latković, B., National Report for Serbia, 2021,
95 Ibid and Špadina, H. National Report for Croatia, 2021.
96 Ibid.
97 Kovačević, Lj., Latković, B., National Report for Serbia, 2021.
98 Ibid.

During the pandemic in Sweden the labor shortages in the health sector have been more glaring than ever.[99] It has also been clear that the health sector would not survive without foreign-born personnel at all levels. Practicing immigrant medical doctors and nurses comprise 34 percent and 12 percent, respectively, of staff in those professions. In 2019, almost 50 percent of all medical doctor licenses approved were given to workers with a foreign EU/EEA education and more than 10 percent to doctors from a third country.[100]

Nevertheless, many with a foreign education consider it difficult to get through the validation process to qualify for a license.[101] Specific fast-track measures have been adopted during the pandemic.[102] Among assistant nurses, who do not need a license, 26 percent are born abroad.[103]

4.2. Low-skilled Labor Migration

As discussed in section 2 the majority of labor migrants work in low-skilled sectors.[104] This work may lead to increased income, increased school enrolment rates and a reduction in child mortality among such workers. Remittances also play a central role.[105] Remittances "could contribute to lower levels of inequality, as they represent an important source of income for lower-income households" in many countries.[106] Still, low-skilled migrant workers in particular suffer from shortcomings with regard to decent work, including "violations of fundamental principles and rights at work and other infringements, when seeking to obtain employment abroad and during their stay in the country of employment".[107]

99 https://ec.europa.eu/migrant-integration/news/immigrant-health-staff-indispensable-in-swedens-response-to-COVID-19

100 https://www.socialstyrelsen.se/statistik-och-data/statistik/statistikamnen/halso-och-sjukvardspersonal/

101 Olle Jansson Organized interests and foreign educated professionals: the case of the associations for physicians and nurses in Sweden, IFAU rapport 2017: 18.

102 Annika Wilhelmsson Fredrik Tano, Intensivutbildning för n a svenskar ska minska bristen på vårdpersonal DN.se 2020.06.30 https://www.dn.se/nyheter/sverige/intensivutbildning-for-nya-svenskar-ska-minska-bristen-pa-vardpersonal/

103 https://ec.europa.eu/migrant-integration/news/immigrant-health-staff-indispensable-in-swedens-response-to-COVID-19

104 ILO 2017 (footnote 4).

105 Ibid p 15.

106 ILO, Inequalities in the world of work,Report IV, International Labour Conference 109, 2021,International Labour Office Geneva, para 37.

107 Ibid 2017 p 17.

The large supply of lower-skilled workers in relation to the jobs available abroad means that they tend to be recruited under temporary migration schemes, often after paying fees to labor recruiters, and into sectors characterized by non-standard forms of employment and greater informality, and where decent work is in short supply.[108] The risk of forced labor is higher for this group, in particular in sectors such as agriculture, domestic work, fishing and the electronics industry.[109]

The continuing demand for this exploitative work exposes workers to the risk that unsatisfactory working conditions will continue to be applied and "low-skilled and low-paid jobs becoming the exclusive domain of migrants".[110] This is the case not only for domestic and seasonal workers – which we will touch upon in more detail below – but also other parts of the service industry, including construction. [111]

Domestic Migrant Workers

Domestic workers are often in a very precarious situation – they are often hidden from the outside world and also, in some cases, ignored or overlooked by trade unions. The adoption process of ILO Convention No. 189 on decent work for domestic workers of 2011 highlighted the exploitation these workers face.[112]

During recent decades a number of scholars have dug deeper into the causes and effects of the laws governing – or not governing – the work of domestic workers.[113] Migration law plays a crucial role in creating vulnerability, but it

108 Ibid p 17.

109 Ibid p 18.

110 ILO 2017 (footnote 4) p 23.

111 Ibid.

112 C189 - Domestic Workers Convention, 2011 (No. 189), https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C189.

113 Bridget Andersson, Doing the Dirty Work? The Global Politics of Domestic Labour (Zed Books 2000) Adelle Blacket, Promoting Domestic Workers' Human Dignity Through Specific Regulation in Antoinette Faive-Chamoux (ed) Domestic Work as a factor of European Identity: Understanding the Globalisation of Domestic Work 16th-21st Centuries (Peter Lang Publishing 2004); H. Lutz (ed) Migration and Domestic Work: A European Perspective on a Global Theme (Ashgate 2008); Adelle Blacket Introduction, Regulating Decent Work for Domestic workers Canadian Journal of Women and the Law Vol. 23 (2011); Catharina Calleman, Domestic services in a Land of Equality: The Case of Sweden, Canadian Journal of Women and the Law, Vol. 23, 2011; E Albin and V Matouvalou ' The ILO Convention on Domestic Workers: From the Shadows to the Light (2012) 41 ILJ 67; Judy Fudge and Kendra Strauss 'Migrants, Unfree Labour and the

is also important to note that domestic workers are not recognized as workers and thus are not covered by labor and social protection, including minimum wage regulation.[114] The ILO, for example, reports that migrant female domestic workers in the Africa-GCC corridor may work, on average, as many as 115 hours per week.[115] Female migrant domestic workers may also risk being be exposed to sexual abuse and, as already mentioned, forced labor.

The Turkish report provides insights into the particular circumstances of domestic workers in Turkey. In Turkey, domestic work has increased along with the active participation of women in the labor force.[116] The disintegration of the Soviet Union and the economic difficulties of former Soviet states have pushed their nationals to meet the domestic-work labor shortage in Turkey. They are hired mainly through intermediary agencies, which have been established specifically for that purpose in Turkey.[117]

From a labor law perspective, it interesting to note that in Turkey there is a difference between the employment of migrant domestic workers on a monthly or a daily basis.[118] The bulk of daily domestic work is performed informally.[119] The legal nature of daily domestic work is a more debated issue, whether it comes under a part-time employment contract or service contract.[120] Monthly domestic workers work under an employment contract and are covered by the provisions of the Code of Obligations, rather than the Turkish Labor Act (No. 4857), which provides a higher level of protection than the Code of Obligations.[121]

Legal Construction of Domestic Servitude in Cathryn Costello and Mark Freedland (eds) Migrants at Work (Oxford University Press, 2014); Sandra Fredman, Home from Home: Migrant Domestic Workers and the International Labour Organization Convention on Domestic Workers in Migrants at Work, in C Costello and M Freedland (eds) Migrants at Work (Oxford University Press 2014); Vera Pavlou, Migrant Domestic Workers in Europe – Law and the construction of vulnerability (forthcoming Hart Publishing 2021).

114 ILO, The Migrant pay gap: Understanding wage differences between migrants and nationals, International Labour Office, Geneva, 2020, p 58, https://www.ilo.org/global/topics/labour-migration/publications/WCMS_763803/lang--fr/index.htm

115 ILO 2017 (footnote 4) p 20.

116 Dogan Yenisey, K., National Report for Turkey, 202.

117 Ibid.

118 Ibid.

119 Ibid.

120 Ibid.

121 Ibid.

Considering the health and safety risks that daily domestic workers are exposed to, a specific provision was inserted in Act No. 5510 on Social Insurance and General Health Insurance in 2015. Under this new model, if a domestic worker is recruited by a single employer for ten days or more in a month, they are compulsorily insured.[122] According to supplementary Article 9 of Act No. 5510, if domestic worker works with part-time contracts for one or more employers, and if their entire hours of employment in a month total less than ten days, the house owner only has to pay contributions against the risk of industrial accident and occupational disease.[123]

Domestic workers are protected by provisions regulating minimum wages and employers are obliged to protect their safety and take all necessary measures to protect them against sexual harassment and bullying.[124] They also benefit from social insurance schemes. All migrant workers who work under an employment contract in Turkey are compulsorily enrolled in social insurance, the same as Turkish citizens.[125] Act No. 5510 makes no distinction between nationals and non-nationals. Refugees and stateless persons are also ranked among non-nationals. Nevertheless, a general problem with domestic work is that it is outside the scope of the Labor Inspectorate, as Turkey has not yet ratified ILO Convention No. 189. There are thus no safeguards to prevent the abuse and exploitation of domestic workers.[126]

Seasonal Migrant Workers

The working and living conditions that many migrant seasonal workers have long had to put up cannot be described as decent work. In the context of the pandemic, when their contribution to society has been made more visible, there is some hope that seasonal migrant worker schemes "could be redesigned to … to fully embrace a human-centred approach.[127] Their situation has been discussed by many researchers over the past decade.[128] In this section, however,

122 Ibid.
123 Ibid.
124 Ibid.
125 Ibid.
126 Ibid.
127 Ibid
128 Sam Scott and Johan Fredrik Rye, Praised, prized, yet penalised: A critical examination of low-wage hiring queues in the global strawberry industry, Journal of Rural studies, May 2021; ACL Davies, Migrant Workers in Agriculture: A Legal Perspective in C Costello and M freedland (eds)

we will offer a short introduction to measures adopted by the EU to foster decent work for seasonal workers, but also look at experiences from the national reports.

Seasonal migrant work has been in the EU spotlight because of the unattractiveness of seasonal work for national workers and increasing demand for seasonal work in certain sectors, such as agriculture, construction, hospitality and tourism. Prior to the pandemic, the European Commission estimated that over 100,000 migrant workers are annually employed in seasonal work.[129] Taking into the account that seasonal workers often work in isolation from other parts of the labor market, and their limited internal labor mobility is often an obstacle to decent work, it is no surprise to find social dumping and labor market segregation in seasonal work.[130]

In an effort to address some of the immigration and labor law issues arising from seasonal work and trying to increase EU competitiveness, Member States harmonized the rules of entry and residence and the common rights of seasonal workers in 2014 through the adoption of the Seasonal Workers Directive,[131] a pioneer legal instrument aimed at achieving "supranational regulation for low-skilled temporary migration that gestures towards a circular migration program." 132

Fudge and Herzfeld Olsson note that the Directive has a rather "flexible legislative style"[133] and in fact

> limits the discretion of Member States to impose admission criteria and requirements of stay on third-country seasonal workers, although it leaves the

Migrants at Work (Oxford university Press 2014); C Woolfson, P Herzfeld Olsson, C Thörnqvist, Forced labour and migrant berry pickers in Sweden, Int. J. Comp. Lab. Law Ind. Relat. 28 (2), 2012; Judy Fudge, 'Precarious Migrant Status and Precarious Employment: The paradox of international rights for migrant workers', 34 Comp. Lab. L. & Pol'y J. 95 2012-2013; P Martin, Mexican workers and US agriculture: the revolving door, International Migration Review 36 (4), 2002.

129 European Parliament, More rights and better working conditions for non-EU seasonal workers, Press release, 2014, https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20140203IPR34619/more-rights-and-better-working-conditions-for-non-eu-seasonal-workers

130 ILO 2017 (footnote 4) p 23.

131 Directive 2014/36/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on the conditions of entry and stay of third-country nationals for the purpose of employment as seasonal workers, Official Journal of the European Union, L 94/375, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=celex%3A32014L0036.

132 Ibid, p 440.

133 Fudge, J., Herzfeld Olsson, P., The EU Seasonal Workers Directive: When Immigration Controls Meet Labour Rights, European Journal of Migration and Law 16 (2014) 439–466, p 466.

> actual numbers admitted within the jurisdiction of Member States. It is this constraint on national sovereignty over admission criteria and conditions of stay that is relatively rare in a binding international agreement.[134]

The Seasonal Workers Directive did not regulate some of the crucial aspects of seasonal migrant work, such as recruitment channels, which are identified as particularly questionable, as well as multi-layered intermediary structures that make it difficult for seasonal and domestic migrant workers to benefit from fundamental rights, as well as employment and labor rights protection. The Directive also attracted criticism because of its regulation of equal rights in a situation in which "the labour force in the seasonal work sector almost entirely consists of third-country nationals and there are almost no nationals doing seasonal work for comparison".[135] Similarly, there are low labor protection standards and low wages in the seasonal sector for all workers in the various Member States, so that all "migrant workers are entitled to is equally poor treatment".[136] Additional criticisms have been raised about the absence of intra-EU mobility, family reunification and changes in employer rights for seasonal migrant workers in the EU.[137]

Given the particular vulnerability of seasonal migrant workers to labor exploitation because of the temporariness of their residence in the country of employment, we cannot speak of proper labor rights protection without complaints mechanisms and detachment of residence rights from specific employers. The latter is particularly challenging in temporary work, such as seasonal employment. Therefore, it is crucially important to ensure

> effective complaints mechanisms for seasonal migrant workers, permitting a trade union representative or a labour inspector to lodge complaints on behalf of seasonal workers, as well as external monitoring systems to ensure that the weakest party – the migrant seasonal worker – does not bear the entire burden of ensuring that employers meet their legal obligations under the Directive.[138]

134 Ibid, p 440.

135 Zoeteweij-Turhan, M. H. The Seasonal Workers Directive:' ... but some are more equal than others' European Labour Law Journal 2017, Vol. 8(1) 28–44, p 35.

136 Fudge, J., Herzfeld Olsson, P.(footnote 134) p 464.

137 Zoeteweij-Turhan, M. H., (footnote 136) pp 36-39.

138 Fudge, J., Herzfeld Olsson, P. (footnote 134) p 460.

New criteria for seasonal temporary programs have been adopted. In Ireland, a new scheme had to be developed because the salary threshold for a work permit could not be met in the horticultural sector. [139]

The national reports discuss national experiences and efforts within the sector.

In Serbia, seasonal migrant workers are eligible to work under special conditions in accordance with the Law on Simplified Employment in Seasonal Jobs in Certain Economic Sectors.[140] The law regulates work engagements without entering into an employment relationship, or more specifically, it refers to migrant workers hired for seasonal jobs in agriculture, forestry and fishing and who are entitled to work without a work permit.[141]

North Macedonian seasonal migrant workers are mainly nationals of neighboring countries (that is, Serbia, Turkey, Albania, and Kosovo), with a majority starting seasonal work with a valid work permit. Over time, however, for various reasons they tend to become undocumented and legally unprotected.[142] The sectors in which seasonal workers in North Macedonia are employed include seasonal agriculture, tourism, waste collection, manual work, cleaning, construction, craft jobs, resale and retail trade, and taxi services.[143] The Labor Inspectorate has highlighted several risk sectors for labor exploitation, such as seasonal work in agriculture and construction.[144] The National Report for North Macedonia highlights examples of illegal employment in construction and agriculture, where informal deals between private persons lead to the recruitment of 10 to 15 workers, whom the employer pays informally agreed monetary compensation, but avoiding social security contributions.[145]

Legally employed seasonal workers in North Macedonia are eligible for social protection, but their access to social security schemes and benefits may

139 OECD 2019 (footnote 27), p. 52.

140 Official Gazette of the RS, no. 50/18, cited in: Kovačević, Lj., Latković, B., National Report for Serbia, 2021, p 8.

141 Ibid.

142 Todorova, B., National Report for North Macedonia for the World Congress of Labour and Social Law, 2021.

143 Ibid.

144 Ibid.

145 Ibid.

depend on their labor status and they might not enjoy effective social security.[146] Seasonal migrant workers enjoy access to health care benefits, with co-payments for medicine and interventions in tertiary care amounting to 20 percent of total costs.[147] The Law on Contributions to Mandatory Social Insurance provides an entitlement to a sickness cash benefit with a minimum insurance period of six months. This requirement is impossible to fulfil for seasonal migrant workers who are employed on six-month contracts and obliged to leave North Macedonia after expiry.[148] Seasonal construction workers, who exceptionally are allowed to stay for nine months, might not be entitled to sickness benefits either if the employer has not paid regularly mandatory health insurance contributions (the delay might not be longer than 60 days).[149] In case of employment injury, no insurance period is required and seasonal workers can receive full sickness insurance benefits.[150] Another labor law area of concern is the inability of migrant workers to join and fully participate in collective bargaining. Organizing migrant workers in trade unions is difficult in North Macedonia because employers often hamper the establishment of trade unions. Todorova reports that in North Macedonia support among trade unions for unionizing migrant workers depends on the existence of labor surpluses or shortages.[151]

In South Korea, the 16-year-old Employment Permit System has been a major platform for bringing in foreign workers from 16 countries to meet labor shortages in the manufacturing, agricultural and fishing sectors. These low-skilled jobs are often shunned by Korean workers because of their poor working conditions and low pay.[152] Migrant workers who enter South Korea through the EPS are tied to their current employer and can change jobs only with their written consent.[153] Extending their stay of three years by another 22 months also requires employer consent. The EPS does not allow migrant workers to be accompanied by family members.[154] The second major migrant labor issue in South Korea is sub-standard housing for migrant workers, which occasionally comes to public

146 Ibid.
147 Ibid.
148 Ibid.
149 Ibid.
150 Ibid.
151 Ibid.
152 Kwang-Taek, L., National Report for South Korea, 2021.
153 Ibid.
154 Ibid.

attention when accidents occur.[155] Recent data shows that roughly 30 percent of businesses employing migrant workers currently do not meet the minimum requirements for living and working conditions.[156]

Being a coastal country, Croatia has significant seasonal labor needs, primarily in tourism and hospitality, construction and agriculture. Therefore, since 2012 Croatia has implemented a voucher employment system for national short-term agricultural workers. An employer buys voucher of a certain value which is a legally binding document for agricultural seasonal employment. The employer is obliged to pay social security contributions and minimum daily remuneration is set by law.[157]

The second important point in relation to seasonal employment concerns tourism and hospitality. Prior to changes in the Aliens Act and the replacement of the quota system with a labor market test system, the last Decision on Approved Yearly Quota for Migrant Workers in 2020 was set at 78,470 work permits, of which 64,604 were newly issued, with 33,300 in construction and 18,370 in tourism and hospitality.[158]

According to information from the National Employment Office, a significant problem for low-skilled migrant workers in Croatia is that they may be given the wrong information on pay and working conditions by employment agencies in their home countries. For example, the expected gross salary is presented as net; workers are informed that after a year of working in Croatia they have free access to the labor markets of other EU member states; and there have been reported cases of concluding contracts or issuing dismissals exclusively in Croatian. This is a major cause of legal uncertainty for workers who do not speak Croatian.[159]

Seasonal migrant workers residing in Croatia for less than three years are not eligible for child allowance, even though they are required to contribute to the Croatian social security system.[160] This is not in line with the decision

155 Ibid.

156 Ibid.

157 Špadina, H. National Report for Croatia, 2021.

158 Ibid.

159 Ibid.

160 Špadina, H. Croatian Migration Law: Over-normativity in Search of a Balance between Migration Control and Migrant Rights, in: Foblets, M.C., Carlier, J.Y (eds.), Law and Migration in A Changing World, Springer, ISBN 978-3-319-99508-3, https://www.springer.com/gp/

of the European Court of Justice (ECJ) in C-611/10 *Hudzinski*, in which the Court held that the applicable EU Regulation had to be interpreted in a manner favourable to migrant workers, in the sense that the law could not have the effect of precluding a Member State, even if it is not the competent state, from granting social benefits to workers in accordance with its national legislation. In general, all compulsorily insured migrant workers have access to health care. This does not include the situation of temporary residents, where health insurance contributions have not been paid for 30 days or longer, so that such residents are eligible only to emergency health care (Article 8 paras 1 and 2 of the Compulsory Health Insurance Act). In 1998, however, the Constitutional Court decided that limitations to emergency health care for insured nationals who have not paid health care contributions are unconstitutional and in violation of fundamental rights. This decision is in line with international human rights standards and should be equally applicable to all categories of insured persons, regardless of nationality, but that is not yet a case.[161]

In Sweden seasonal migrant workers comprise one of the largest groups of labor migrants from third countries entering Sweden every year. They constitute more than a third of the labor migrants from outside the EU. A lot of attention has been given, for example, to the thousands of Thai berry pickers who come to the remote Swedish forests every year to pick wild blueberries and lingonberries. Over the years there has been a number of reports of exploitation and even wage theft.[162] The trade union responsible for this sector – the Swedish municipality workers' union – has taken on the task of concluding a collective agreement for these workers and also monitors their working conditions, even though very few of these workers are trade union members.[163] The situation has improved even though research shows that the workers do not always get the remuneration they are entitled to.[164] But while the situation of the Thai berry pickers has improved,

book/9783319995069, in press, cited in Špadina, H, National Report for Croatia, 2021.

161 Ibid.

162 Woolfson et al (footnote 129).

163 P Herzfeld Olsson, Towards Protection of vulnerable labour migrants in Sweden – the case of the Thai berry pickers, in Rijken & de Lang (eds) Towards a decent labour market for low-waged migrant workers (Amsterdam University Press 2018).

164 C Hedberg, L Axelsson, M Abella, Thai berry pickers in Sweden: A migration corridor to a low-wage sector (DELMI report 2019).

other categories of berry pickers outside state control because of EU freedom of movement rules have faced more severe exploitation.[165]

5. URGENT PRE-PANDEMIC CHALLENGES

It is clear that migrants are among the groups that are "over-represented among low-income households and disproportionately from inequality".[166] In Europe, for example, migrants from outside the EU "face a risk of poverty that is multiple times higher than that of EU nationals and tend to have lower average income levels."[167] In many places in the world migrants are more likely to be in temporary employment and work in the informal sector.[168] Low remuneration and unsecure employment often also lead to very weak "social protection, savings and to contingency measures that would allow them to support themselves during periods without work."[169] We shall try to present a clearer picture of migrants' experience of wage gaps, informality and atypical employment.

5.1. Wage Gaps between Nationals and Migrant Workers

Wage gaps between migrant workers and nationals is one area in which labor market discrimination against migrant workers is most visible. Despite the ambitious Sustainable Development Goal targets 8.5 and 8.8, calling for equal pay for work of equal value and protection of labor rights for all workers, including migrant workers (in particular women migrant workers and those in precarious employment within the framework of the United Nations agenda for 2030), very little attention has been directed towards the development of international, regional and national legal instruments aimed at reducing wage differences between migrant workers. In 2020, the ILO presented a comprehensive global analysis of the migrant pay gap based on data from 49 countries (33 high income countries or HICs, and 16 low- and middle-income countries, or LMICs) and about a quarter of wage employees worldwide. These countries host nearly half of all international migrants and roughly 33.8 percent of migrant

165 https://www.svt.se/nyheter/lokalt/norrbotten/50-tal-barplockare-lurade-till-i-alvsbyn-barn-bor-i-talt-pa-parkering.

166 ILO, Inequalities and the World of Work, 2021,(footnote 107) para 34.

167 Ibid.

168 ILO Flagship Report, World Employment and Social Outlook, Trends 2021, p. 102.

169 Ibid.

workers worldwide.[170] The study shows that the migrant pay gap has widened in many HICs compared with previous ILO estimates.[171] Among the 20 countries with the most significant migrant pay gaps, the estimated gap has widened in more than half of them, compared with previous estimates reported in the ILO Global Wage Report 2014/15.[172] The pay gap in these countries has increased by 1.3 to 26.4 percentage points. Migrant workers in HICs earn about 12.6 percent less than nationals, on average, with significant variations among countries and across different wage groups, with migrant workers earning as much as 42.1 percent less than nationals on average (in Cyprus), and 71 percent less than nationals among low-skilled workers.[173] Among LMICs, migrant workers tend to earn about 17.3 percent more than nationals on average (with notable exceptions), partially due to the significant proportion of temporary high-skilled expatriate workers among the total migrant population in some countries, who tend to push up the average wage of migrant workers.[174]

Women migrant workers face a double wage penalty, both as migrants and as women. The pay gap between male nationals and migrant women is estimated at 20.9 percent, which is much wider than the aggregate gender pay gap in HICs (16.2 percent), while the pay gap between migrant care workers and non-migrant care workers is about 19.6 percent compared with the aggregate migrant pay gap of 12.6 percent.[175]

Despite similar levels of education, migrant workers in HICs tend to earn less than nationals within the same occupational category and are more likely to work in lower-skilled and low-paid jobs that do not match their education and skills. Higher-educated migrant workers in HICs are also less likely to attain jobs in higher occupational categories relative to non-migrant workers. This reflects the fact that migrants in HICs are likely to be affected by skills mismatch and have difficulties transferring their skills and experience across countries, in large part because of the lack of an adequate skills recognition systems for qualifications of migrant workers.[176]

170 ILO, The migrant pay gap: Understanding wage differences between migrants and nationals, 2020, (footnote 115)
171 Ibid, p 1.
172 Ibid.
173 Ibid.
174 Ibid.
175 Ibid.
176 Ibid.

An ILO study claims that a significant part of the migrant pay gap remains unexplained because gaps arise for multiple and complex reasons that differ from one country to another and vary at different locations in the overall wage distribution.[177] This makes it very difficult to properly address wage discrimination between migrants and nationals. Still, the ILO report shows that the migrant pay gap would generally remain narrow if migrant workers were remunerated equally with nationals for their labor market characteristics, which in turn would reduce working poverty among migrants, help enhance their skills and jobs matching, and improve equality, economic productivity and development.[178]

The ILO report that in the Arab States, the sub-region with the largest proportion of migrant workers, the income gap between migrants and nationals is particularly high.[179]

In terms of wage discrimination between migrants and nationals in Turkey, a recent study shows that Turkish nationals earn 63 percent more than Syrian refugees.[180] In terms of working hours, the working hours of nationals in the informal sector are about 55.8 hours a week and those of Syrian refugees 55 hours.[181] Both groups are working beyond the legal limits (maximum weekly working time is 45 hours), but at a similar level in this respect at least. Syrian refugees with tertiary education are those with the highest wage gap compared with nationals.[182]

In Switzerland, the wage gap between nationals and migrant workers is also significant. Migrants initially earn significantly less than nationals, but manage to increase their income during the first years of residence. The income gap is never fully closed, however.[183] People of migrant background obtain fewer social security benefits than nationals,[184] and have a poverty rate twice as high as

177 Ibid. p 9.

178 Ibid.

179 ILO, Inequalities and the world of work,2021,(footnote 107) para 19.

180 Dogan Yenisey, K., National Report for Turkey for the World Congress of Labour and Social Law, 2021.

181 Ibid.

182 Ibid.

183 Federal Statistical Office, Rapport statistique sur l'intégration de la population issue de la migration, p. 11,12, 29, 30, cited in: Pétremand, S., National report for Switzerland, 2021.

184 Kolly, M., Brunner-Patthey, O., Des contributions supérieures aux prestations, in: Assurance Sociale Suisse, p. 8. Federal Statistical Office, Panorama de la société suisse, pp. 79 and 81, cited in: Pétremand, S., National report for Switzerland, 2021.

that of Swiss nationals from the age of 40 onwards (although it decreases with higher levels of education)[185]

In Sweden, in-work poverty is higher among the foreign-born population than among others.[186] Problems are not confined to low wage sectors. Also high skilled migrants seem to suffer from wage gaps, including both labor migrants[187] and foreign-born professionals in general.[188] However, it seems that for professionals the wage gap is smaller for female workers than for male workers.[189]

5.2. Informality and Non-standard/Atypical Employment

Informality is a deep structural problem in low-income countries, affecting both nationals and migrant workers. Its negative consequences are significantly higher for the latter, however, because of the risk of immediate deportation and loss of the possibility of obtaining outstanding remuneration from employers in cases of informal and thus irregular employment. The number of migrant workers in relative terms is also often higher than nationals. A recent ILO study showed that in some countries (14 LMICs and two HICs), 62.4 percent of migrant wage workers are informally employed compared with 50.8 percent of nationals. Informal employment is higher among migrant women than among their male counterparts.[190]

In Turkey, more than one-third of employment is in the informal sector, which gives rise to considerable divergence between the legal framework and its implementation.[191] It has been observed that since the entrance of Syrian refugees to the Turkish labor market, the likelihood of having an informal job

185 Ibid, p 35.

186 Ann-Christine Hartzén, National Report Sweden, Working Yet Poor project, 2021, p 4 et sec

187 P Herzfeld Olsson, Equal treatment of highly qualified labour migrants, IFAU 2019, pp 45-50. file:///C:/Users/petra/Downloads/wp-2019-14-equal-treatment-for-highly-qualified-labour-migrants%20(1).pdf

188 Josefin Edström och Galina Pokarzhevskaya, SACO (Swedish confederation of prefessional associations), Lönegap mellan akademiker med svensk och utländsk bakgrund, - en analys av Sacoförbundens medlemmar, 2017.

189 Ibid p. 16.

190 ILO, The migrant pay gap: Understanding wage differences between migrants and nationals, 2020, https://www.ilo.org/global/topics/labour-migration/publications/WCMS_763803/lang--fr/index.htm, p 2.

191 Dogan Yenisey, K., National Report for Turkey, 2021.

has declined by 2.2 percent for locals.[192] As Turkey has not issued work permits to the vast majority of Syrian refugees, they are overwhelmingly employed in Turkey's already large informal sector and refugees appear to have displaced workers from informal employment.[193] Nevertheless, the informality for locals is still quite high. Among those who are employed, the informality rate not including Syrians is 17.1 percent and including Syrians stands at 20.1 percent. The nationwide informality rate, including self-employed persons, is about 34.34 percent without and 36 percent with Syrians.[194] Higher informality rates are observed in certain sectors, such as garments, construction, food and beverage services.[195]

The legal regulations and policy measures have affected Syrians' reliance on informal jobs, through the regulation of access to the labor market by the Temporary Protection Regulation from 2014 and the Regulation on Work Permits for Foreigners under Temporary Protection Status from 2016, regulating the procedures for granting work permits (with exemptions in seasonal agriculture and stockbreeding).[196] Dogan Yenisey points out that the legal framework on the access of Syrian immigrants to the labor market reveals a multilayered system of spatial, sectoral and quota restrictions.[197] Spatial restrictions mean that work permits may be granted only in provinces where these workers are allowed to reside (Art 7 RRWPFTPS). The quota system aims to control the number of temporary status beneficiaries at workplaces and in sectors, so that the number of temporary status beneficiaries cannot exceed 10 percent of the Turkish citizens working at the same workplace, unless the employer can prove that there is no qualified Turkish citizen in the province who can perform the same job

192 E. Ceritoğlu/H. Gürcihan-Yüncüler/H. Torun/S. Tümen, 2017, "The Impact of Syrian Refugees on Natives'Labor Market Outcomesin Turkey: Evidence from a Quasi Experimental Design", Central Bank of Turkey, cited in: Dogan Yenisey, K., National Report for Turkey, 2021.

193 Ceritoglu, Evren, H. Burcu Gurcihan Yunculer, Huzeyfe Torun, and Semih Tumen. 2017. "The Impact of Syrian Refugees on Natives' Labor Market Outcomes in Turkey: Evidence from a Quasi-Experimental Design." IZA Journal of Labor Policy 6 (1): 5; Del Carpio, Ximena V., and Mathis Wagner. 2015. The Impact of Syrian Refugees on the Turkish Economy: Regional Labour Market Effects. Policy Research Paper 7402, World Bank, Washington, DC, cited in: The World Bank, Migration and Brain Drain, 2019, pp. 46-47.

194 Dogan Yenisey, K., National Report for Turkey, 2021.

195 L. P. Caro, 2020, Syrian Refugees in the Turkish Labour Market, ILO Report, pp. 13-14, cited in: Dogan Yenisey, K., National Report for Turkey, 2021.

196 Dogan Yenisey, K., National Report for Turkey, 2021.

197 Ibid.

as the migrant worker.[198] Quotas also exist for work permit exemptions and the Regulation authorizes the Ministry of Family, Labor and Social Services to set a quota on the number of jobs and provinces for which work permit exemptions may be granted.[199] Thus, Syrian nationals have to pass through a triple set of restrictions – spatial, sectoral and quota – and only if they manage to do so will they be able to find employment, mainly in garment production, construction, food and beverages, and agriculture. These are, it should be noted, so-called "3D" sectors, in which jobs are dirty, dangerous and demeaning.[200]

Unexpectedly, some refugee protection mechanisms have adverse effects on migrants' employability, pushing them into informal work and perhaps lowering their incentives to engage in formal employment.[201] One example is a humanitarian program Emergency Social Safety Net (ESSN), established in 2016 between Turkey and the European Union, which was designed to provide cash assistance to all refugees in Turkey outside refugee camps, under international protection or temporary protection, but on condition that none of the family members has formal employment. This is aimed at preventing many Syrians under temporary protection who are eligible for ESSN aid from applying for jobs in the formal sector.[202] Turkey's approach towards Syrian refugees, eschewing reliance on camps, has enabled forcibly displaced persons to secure their own homes and livelihoods despite all its drawbacks from the perspective of decent work.[203] The COVID-19 crisis, however, has revealed the fragilities of job informality as those in the informal sector missed out on labor protection.[204] By presidential decree, dismissals were prohibited during the pandemic, but employers were able to suspend the employment contract unilaterally.[205] Recent research conducted by SGDD-ASAM, the Association of Solidarity with Asylum-Seekers and Migrants,[206] shows that 82 percent of all

198 Ibid.
199 Ibid.
200 Ibid.
201 Caro, L. P., Syrian Refugees in the Turkish Labour Market, ILO Report, 2020, pp 13-14.
202 DSP-IGAM, 2019, Working towards self-reliance: Syrian refugees' economic participation in Turkey, March 2019.
203 World Bank Report, 2015, Turkey's Response to the Syrian Refugee Crises and the Road Ahead, December 2015; M. M. Erdoğan, 2019, "Türkiye'deki Suriyeli Mülteciler", Konrad Adenauer Stiftung, p 12.
204 Dogan Yenisey, K., National Report for Turkey, 2021.
205 Ibid.
206 Survey cited as per: http://en.sgdd.org.tr/?page_id=1276.

refugees and asylum seekers in Turkey were working before the pandemic, but at the current stage of the pandemic, a mere 11.41 percent are still working.[207]

In Sweden, foreign-born workers are more likely to be in temporary employment than others (25 percent/ 14 percent).[208] For temporary labor migrants, research indicates that the level of temporary employment differs between different skill groups. A report on cleaners and restaurant personnel in Stockholm indicates that most of the labor migrants concerned had been offered permanent contracts.[209] Another study about highly qualified workers mainly in the IT sector showed the opposite, however.[210] This is surprising as labor migrants can only obtain a temporary work and residence permit for a maximum of two years. One explanation could be that the low skilled workers wish to stay in Sweden on a permanent basis, which is possible after extensions up to four years, while the high skilled workers have other priorities.

In Switzerland, the first-generation migrant population between the ages of 15 and 64 – especially low-skilled workers from Eastern and South-Eastern Europe and from non-European countries, as well as the non-migrant population over the age of 65 in managerial or executive positions – are most affected by non-standard or atypical work (on-call work in particular).[211]

6. PRE-PANDEMIC ANSWERS TO SOME CHALLENGES – MIGRATION PARTNERSHIP AGREEMENTS

The New York Declaration on Refugees and Migrants, adopted in 2016 by the 193 UN Member States, recognizes the need for a comprehensive approach to human mobility and enhanced cooperation at the global level. A second important regulatory mechanism is the Global Compact for Safe Orderly and Regular Migration, adopted in December 2018. Implementation of the objectives of this Global Compact will be reviewed every four years in the UN General Assembly, with the first review in 2022.

207 Ibid.

208 SCB, Lämna ingen utanför, 2020, p 71, https://www.scb.se/contentassets/992b5ef6a28a451286cfff1672acea73/mi1303_2020a01_br_x41br2002.pdf

209 Olle Frödin och Ander Kjellberg, Arbetskraftsinvandring från tredje land i restaurang- och städbranscherna in Arbetskraft från hela världen (Calleman and Herzfeld Olsson eds) DELMI 2015, pp 181-182.

210 P Herzfeld Olsson, Equal treatment of highly qualified labour migrants, IFAU 2019, p 25 et sec.

211 Federal Statistical Office, Rapport statistique sur l'intégration de la population issue de la migration, p 37, cited in: Pétremand, S., National report for Switzerland, 2021.

Two Global Compact objectives are particularly relevant for research into skilled migration partnership agreements: objective 18 ("Invest in skills development and facilitate mutual recognition of skills, qualifications and competencies") and objective 23 ("Strengthen international cooperation and global partnerships for safe, orderly and regular migration"). To this end, the Global Compact on Migration underlined the need to build global skills partnerships among countries that strengthen the training capacities of national authorities and relevant stakeholders, including the private sector and trade unions, and also foster the skills development of workers in their countries of origin and those of migrants in destination countries, all with a view to preparing trainees for employability in the labor markets of all participating countries.

Labor migration partnerships should be developed carefully, with clear safeguards to prevent a brain drain in less developed countries of origin of migrant workers. The win-win partnership agreements "should be based on long-term planning and shared costs: the countries of destination need to invest in sending countries, train the workforce in countries of origin, ensure ownership of sending countries and considering sending countries' perspectives and needs."[212]

Bilateral and multilateral labor mobility partnership agreements are the main tool for ensuring the labor and social protection of migrant workers, so that their migration is safe, orderly, fair and regular.[213] The ILO provides a list of 75 bilateral labor mobility agreements currently in force.[214]

One example of a successful bilateral migration partnership agreement is Germany's "Triple Win" project, under which nurses were recruited to work in Germany for a limited period under agreements with several countries, including Serbia, Bosnia and Herzegovina and the Philippines. Serbia was the first country to sign up to the "Triple Win" project or the Agreement on Recruitment and Temporary Employment of Citizens of the Republic of Serbia in Germany in 2013, covering the employment of nurses, doctors and other medical staff (such as medical technicians and specialized health workers) from

212 EMN – JRC – DG HOME Briefing Paper, Roundtable on the EU labour migration policy: time to move from a skill-based to a sector-based framework? 5 November 2020, https://emn.ie/wp-content/uploads/2021/01/00_labour_migration_roundtable_briefing_paper.pdf

213 ILO, https://www.ilo.org/africa/areas-of-work/labour-migration/thematic-areas/WCMS_679989/lang--en/index.htm

214 https://www.ilo.org/global/topics/labour-migration/policy-areas/measuring-impact/agreements/lang--en/index.htm

Serbia.[215] From 2013 to 2019, 784 Serbian nurses and medical personnel were recruited through the "Triple Win" project, and GIZ was in charge of getting the selected health-care workers ready to go to Germany, providing them with initial support in order to facilitate their integration into the new work environment and German society.[216] The German Federal Employment Agency had to check the credibility of the employers before starting the recruitment process, as well as to prepare the bilingual employment contracts. The Serbian workers were assisted with language and professional preparation.[217] Kovačević and Latković point out that, when the Agreement entered into force, there was no lack of health-care workers in the Serbian labor market, but that is no longer the case, and currently it is being reconsidered.[218] Health-care workers will still be able to find employment in Germany through other accredited employment agencies, however.[219]

Multilateral (usually regional) labor mobility partnership agreements are of crucial importance for enabling and facilitating workers' international mobility. In June 2020, the European Union launched Talent Partnerships, a key initiative under the New Pact on Migration and Asylum to address skills shortages in the European Union and to strengthen mutually-beneficial partnerships on migration with third countries.[220] The main idea behind the EU Talent Partnership is to provide a tailor-made policy and funding framework with specific key countries and regions to facilitate matching the skills of third-country skilled migrant workers, students and graduates with labor market needs inside the EU.[221] EMN/JRC/EC emphasized that the EU Talent Partnership might face difficulties in implementation "when establishing partnerships that span across all EU countries due to different demographics, labor market needs and difficulties of harmonizing training."[222]

215 Kovačević, Lj., Latković, B., Legal Position of Migrant Workers in the Republic of Serbia, with Special Reference to Time of COVID-19 Epidemic Outbreak, National Report for Serbia for the for the World Congress of Labour and Social Law, 2021.

216 Ibid.

217 Ibid.

218 Ibid.

219 Ibid.

220 European Commission, 2020, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/IP_21_2921.

221 Ibid.

222 EMN – JRC – DG HOME, 2020, (footnote 221) p 6.

Serbia has entered into several bilateral agreements that regulate employment procedures, working conditions and social protection, as well as remittances.[223]

North Macedonia currently has 23 bilateral agreements on social security system coordination, 14 with EU Member States, 18 bilateral agreements on health insurance on the basis of temporary employment, tourism or business travel, education, science and cultural cooperation and, out of them, nine agreements on the European Health Insurance Card.[224] In the 2020 Progress Report (on EU accession) the European Commission highlighted positive developments regarding ratification of seven bilateral agreements on the social protection of migrant workers.[225]

Turkey has 13 bilateral labor agreements, regulating general provisions related to worker exchange rather than regulating foreign labor supply to some sectors.[226] The high national unemployment rate – approximately 15 percent – reveals a very limited need there for external workers.[227] Nevertheless, the Turkish government aims to attract high skilled migrants using specific legal provisions to facilitate their admission, but without having a well-defined migration policy.[228]

7. MANAGEMENT OF LABOR MIGRATION DURING THE COVID-19 PANDEMIC

7.1. General Impact of the Pandemic on Labor Migration

The COVID-19 pandemic has globally affected almost all workers through, among other things, sudden changes in their work status (essential and non-essential workers); changes in their place of work (remote working); or the economic consequences of the restrictions imposed on movement and temporary closure of businesses, leading to furloughs or layoffs. Vulnerable workers, including migrant workers, have been the most affected and the first

223 European Commission, 2020, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/IP_21_2921.

224 Between North Macedonia and Slovenia, the Czech Republic, Federal Republic of Germany, Republic of Bulgaria, the Grand Duchy of Luxembourg, the Kingdom of Belgium, the Kingdom of the Netherlands, Republic of Austria, and Slovak Republic, cited in: Todorova, B., National Report for North Macedonia for the World Congress of Labour and Social Law, 2021.

225 Ibid.

226 Dogan Yenisey, K., National Report for Turkey, 2021.

227 Ibid.

228 Ibid.

to lose their jobs. The ILO has estimated that lockdown measures have affected almost 2.2 billion workers or 68 percent of the global workforce.[229] While it is still too early to estimate the consequences of the pandemic overall, we know that.the pandemic has had severe effects on migrant workers. The combination of closed borders, work shortages, exposure to the virus, health care availability concerns and unsafe working conditions has hit migrant workers hard.

The informal sector has been severely impacted and its workers have suffered massive income losses. On top of that they have little or no access to social benefits or other income support.[230] Lower skilled occupations have generally borne the brunt rather than higher paid managerial and professional ones.[231]

An estimated 800 million people depend on migrant workers' remittances.[232] The impact of the COVID-19 pandemic on remittances is expected to be massive. The first estimates of the fall in global migration remittances indicate an overall decrease of 7 percent, amounting to US$666 billion in 2020, compared with US$717 billion in 2019.[233]

For migrant workers already in destination countries, the situation is even more dire. They have been faced with sudden termination or suspension of often fixed-term or temporary employment contracts as a result of unexpected business closures and have had to deal with uncertainty, whether related to eligibility for visas or work permits or residence permit extensions without having a job. In ASEAN countries, migrant workers have largely been excluded from the job retention, wage subsidies and income and unemployment relief measures implemented by governments.[234] The ILO's rapid assessment survey on the impacts of the COVID-19 pandemic on ASEAN migrant workers found that 97 percent of respondents in destination countries had not had access to any social security support, leading to reliance on food relief provided by governments, trade unions, and NGOs.[235]

229 ILO, "COVID-19 and the World of Work, Third Edition: Updated Estimates and Analysis". ILO Monitor, 29 April 2020.

230 ILO, Inequalities and the world of work, International Labour Conference, 109th Session 2021, Report IV, International Labour Office Geneva, para 12

231 Ibid

232 MPI, 2020 (footnote 72).

233 ADBI, OECD, ILO, Labour Migration in Asia, 2021, pp 26 and 33.

234 Ibid, p 10.

235 Ibid.

The ILO reports that migrant workers have been among the hardest hit by the economic downturn associated with the pandemic, in terms of both employment losses and a decline in earnings for those who have remained in employment. The measures taken have to a great extent affected the most vulnerable migrant workers, such as seasonal and irregular workers. A number of exemptions to the travel restrictions have been put in place, however, notably for cross-border workers, seasonal workers and health professionals.[236] A number of important measures have been taken in the OECD countries to respond to the unique situation. It has been clear that migrant workers carry out work that is crucial for their host countries. In order to safeguard the harvest, for example, exemptions in entry bans have been adopted with regard to seasonal agricultural workers. These workers are performing essential services.

The ILO reports both higher risks and hope regarding migrant work in the agricultural sector as a result of the pandemic. On one hand, "[t]he urgency of maintaining food production and the food supply chain is … adding risks of exploitation in agriculture, a sector with a history of forced labour in some locations."[237] On the other, there is hope that the pandemic will provide "an opportunity to revisit traditional understandings of migration and development" that have guided much of the policy thinking in recent decades.[238] This hope is particularly relevant for rules governing seasonal work in the agricultural sector.[239] The closure of borders during the pandemic has made it clear that many societies depend on the work done by migrant seasonal workers.

The pandemic has increased the risks for domestic workers, too.[240] The danger of losing work and income is high, in particular for domestic workers in the informal sector. There are also reports of "increased incidents of physical and sexual violence" and of "homelessness and legal limbo when they lose their live-in jobs but are unable to return to their home countries."[241]

236 OECD, Managing international migration under COVID-19, Update 10 June 2020, , p 2.

237 ILO, Issue paper on COVID-19 and fundamental principles and rights at work, Geneva, ILO, 2020, p 13.

238 ILO Brief, Seasonal Migrant Workers' Schemes: Rethinking Fundamental principles and Mechanisms in light of COVID-19, May 2020, International Labour Office, Geneva, 1.

239 Ibid.

240 ILO, Issue paper on COVID-19 and fundamental principles and rights at work, Geneva, ILO, 2020, p 12

241 Ibid.

The health emergency poses a threat to the national public health care systems of all countries, regardless of their capacities and level of economic development. No country has sufficient health-care workers to deal with the record pressure on the system. In those circumstances, pre-pandemic labor shortages in the sector have been exacerbated by virus-infected health-care personnel, who had to undergo precautionary quarantine, and new needs to contact patients, contact-tracing and provide information about the virus. Therefore, health-care providers have had to engage into innovative practices such as the engagement of retired medical personnel or medical students. Certain countries, such as the United States, have experimented with expanding temporary access to immigrant and refugee health professionals already resident in the United States, licensing them to practice medicine during the pandemic.[242] The Migration Policy Institute estimates that 263,000 multilingual, internationally trained doctors, nurses, and therapists are currently legally present in the United States, but not employed in the health sector because of strict licensing requirements and prohibitive costs.[243] This pool of ready-to-deploy health experts could potentially compensate for labor shortages in future similar public health crises.

7.2. Entry Conditions and Access to the Labor Market during the COVID Crisis

Since the outset of the pandemic, migrant workers have been in a precarious position because their access to labor market has been restricted by strict entry regulations, re-introduction of visas, suspended admission of low skilled migrant workers or suspended deployment of migrant workers from virus-affected countries of origin.[244] The only exception was admittance of essential migrant workers in the health, agriculture and transport sectors.[245]

In Belgium, from October 2020 third-country nationals were not allowed to enter the country for non-essential travel. During one period, EU nationals

242 MPI, Fix, M., Batalova, J., Fernández-Peña, J.R., The Role of Immigrant Health-Care Professionals in the United States during the Pandemic, 2020, https://www.migrationpolicy.org/news/role-immigrant-health-care-professionals-united-states-during-pandemic

243 Ibid.

244 ILO, Protecting migrant workers during the COVID-19 pandemic Recommendations for Policymakers and Constituents, 2020; ILO, "COVID-19 and the World of Work, Third Edition: Updated Estimates and Analysis". ILO Monitor, April 2020. ADBI, OECD, ILO, Labour Migration in Asia, 2021, p 3.

245 EMN OECD, The impact of COVID-19 in the migration area in EU and OECD countries, April 2021, p 2.

were also prohibited from entering Belgium on the same grounds.[246] The only exception were specialized migrant workers, in accordance with Annexes 2 and 3 of the Ministerial Decree, which provide a list of all forms of essential travel, including for health workers, seasonal workers in agriculture and horticulture, frontier workers, personnel in transportation, professional athletes, cultural sector professionals, diplomats and journalists.[247] All other migrant workers needed a special permit from the regional governments (Flanders, Wallonia or Brussels) or prove that they fulfil all conditions for an exemption for such a permit.[248]

Health professionals, health researchers and care workers for the elderly, frontier workers, athletes, and personnel in the transport sector from third countries were able to enter the Republic of Croatia during the pandemic.[249] It has not been reported that migrant workers were expected to leave Croatia because of the pandemic, but it is likely that some who lost their jobs because of the reduced workload and thus their accommodation and residence status related to employment did have to leave Croatia.[250]

In Sweden, an entry ban was introduced during the pandemic with exceptions for specific functions, such as health-care professionals and foreigners working in the agricultural, forestry or gardening industry.[251]

7.3. Right to Remain in the Country of Employment during the Pandemic

In some countries, migrant workers have been entitled to remain even though their original permit has expired (Australia, Greece, Israel, Italy, Norway, the Czech Republic and the USA).[252] Similar measures were taken in Belgium and Canada. Migrants who were previously forbidden to work were henceforth entitled to do so, in certain places. In other countries, short-term or permanent

246 Article 21, Ministerial Decree of 28 October 2020 concerning the urgent measures to limit the spread of coronavirus COVID-19, Belgian Official Gazette, 28 October 2020, cited in: Jorens, Y., National Report for Belgium for the World Congress of Labor and Social Law, 2021.

247 Ibid.

248 Article N3 (Annex 3), 11°, second paragraph, Ministerial Decree of 28 October 2020, ibid.

249 According to information provided by the National Employment Office, cited in: Špadina, H. National Report for Croatia, 2021.

250 Ibid.

251 https://polisen.se/en/the-swedish-police/the-coronavirus-and-the-swedish-police/travel-to-and-from-sweden/#Non-EEA

252 OECD, Managing international migration under COVID-19, Update 10 June 2020, (footnote 245), p 2 4.

regularization measures have been taken – in Greece, for example – "to help address urgent labour needs in agriculture." As hitherto it has sometimes been difficult for migrants to access immigration authorities, "blanket relief measures or the possibility to remain" have been offered. In some countries, the possibility to remain must be applied for and applies only to those who cannot return home. Italy has undertaken "a potentially large-scale regularisation programme."[253] Employment restrictions have been eased. The ceiling on students' maximum hours of work has been removed in a number of countries. In others, the rules on changing employers, reducing hours or working for lower wages if the change in employment is COVID-related have been loosened.[254] Regularization measures have been taken in Portugal to make it possible to offer migrants free health care.[255]

Because of the pandemic, in 2020 the Croatian government introduced an urgent procedure to amend Article 140 of the Aliens Act, stipulating extension of residence permits for third-country nationals. Unfortunately, when the new Aliens Act was adopted in January 2021, the automatic extension provision was not transposed and, although the pandemic continues, migrant workers were obliged to renew their residence permits as before the declaration of the pandemic.[256]

In Sweden the conditions of remaining have not changed during the pandemic. This means that if a labor migrant loses their job to which the permit is connected, they have three months to find a new job. If they succeed, they can apply for a new permit from within Sweden. If no new job is found the migrant will lose their residence permit and be forced to leave Sweden.[257]

The OECD has suggested that the gradual exit from lockdown will not lead to a rapid return to "business as usual." With regard to labor migration, they suggest that "pending work authorisations may become ineligible due to changes in the labour market situation – either because the employer no longer needs the worker or because a weaker post-pandemic labour market leads to

253 Ibid 5.

254 Ibid.

255 ILO, Social Protection Spotlight, Social protection for migrant workers: A necessary response to the COVID-19 crisis, 2020.

256 Špadina, H. National Report for Croatia, 2021.

257 https://www.migrationsverket.se/English/Private-individuals/Working-in-Sweden/Employed/If-you-are-in-Sweden/Extending-a-permit.html

more restrictions on recruitment from abroad."[258] Labor migrants "may have been unable to depart and overstayed their visa, making them ineligible for further extensions." Those who benefited from a temporary, pandemic-related extension of their visa may find themselves in an uncertain situation at the end of the shutdown, with limited prospects for return.[259] This will also affect highly skilled workers.[260]

7.4. Social Security Rights of Migrant Workers during the COVID-19 Pandemic

Prior to the pandemic, migrant workers faced various degrees of limitation on social security rights, depending on their migration status, nationality, length of employment or residence in a country, the nature of their employment and the work they were performing in the destination country, the existence of bilateral or multilateral social security agreements or any other applicable requirement for access to social security benefits.[261] During COVID, social security vulnerabilities were even more apparent because of migrant workers' higher exposure to infection in their frontline work or work in sectors with increased health risk,[262] coupled with limited access to health care providers, depending on the regularity of their migration status. The ILO recommends not only the provision of affordable health care to migrant workers, but also access to the full range of maternity care, paid sick leave, sickness benefits and full access to COVID testing and vaccines/immunization.[263]

Furthermore, the ILO reports on general worldwide difficulties among migrant workers in accessing employment-based social protection, including unemployment benefits. This may force them into informality.[264] Therefore, social protection during unemployment and income support should be available to all workers, including migrant workers. The ILO recommends that countries ease administrative procedures, adapt or relax eligibility criteria (such as length

258 . OECD, Managing international migration under COVID-19, Update 10 June 2020, (footnote 245) p 7.

259 Ibid.

260 Ibid 8 f.

261 Cf. ILO, Social Protection Spotlight, Social protection for migrant workers:A necessary response to the COVID-19 crisis, 2020.

262 WHO. 2020. Interim Guidance for Refugee and Migrant Health in relation to COVID-19 in the WHO European Region.

263 ILO, Social Protection Spotlight, June 2020.

264 Ibid.

of employment, duration of stay or minimum contribution period), remove discriminatory obstacles or extend visas or residence permits in order to allow migrant workers to benefit from existing social protection schemes or introduce new benefits.[265] In that vein, bilateral labor mobility agreements could be further used to provide an expanded legal framework for social security benefits in health care, safety at work, income support measures, unemployment protection, and portability of social security benefits for migrant workers.[266]

Finally, we should not underestimate the legal consequences and complexity of European regulations on the coordination of social security systems, which raises problems of application for Swiss companies and migrant workers in Switzerland who come mainly from EU countries, especially in the case of multiple jobs and atypical employment. In response, in March 2020 Switzerland entered into temporary agreements with France, Germany, Italy, Austria and Liechtenstein on the flexible application of European coordination regulations on social security. It was agreed that migrant workers who were no longer able to work in Switzerland because of the COVID-19 pandemic are not subject to any change in the applicable social security legislation. These agreements have been extended until June 30, 2021. Furthermore, the Swiss authorities have also decided that the fact that a migrant worker is prevented from working in Switzerland because of the pandemic will not change the applicable social security legislation under a bilateral social security agreement between Switzerland and the migrant's country of origin. In the event that no bilateral or multilateral social security agreement has been concluded, the Swiss federal administration has decided to apply the principle of territoriality to migrant workers, who are now compulsorily insured with the AVS (first pillar of the Swiss pension system).

7.5. Labor and Unemployment related rights of Migrant Workers during the Pandemic

From the OECD report and elsewhere it is clear that the pandemic has adversely affected migrant workers, and in particular migrant workers with temporary permits. Other reports show that settled migrants have also been hit hard

265 ILO, "Social Protection Responses to the COVID-19 crisis: Country Responses and Policy Social Protection Spotlight 12 Social protection for migrant workers: A necessary response to the COVID-19 crisis Considerations," April 2020.

266 Ibid.

by the pandemic because what have come to be called "frontline occupations" during the pandemic are held in large part by migrants.

On one hand, reports show that the already very poor working and living conditions for many seasonal workers in the agri-food sector have led to a very high exposure to risks related to COVID-19, and in many cases it seems that no protective measures have been taken. Farm workers and their representatives from Italy, the United Kingdom, the United States and Canada have even faced increased vulnerabilities because of the lack of adequate – or any – safeguards against COVID-19.[267]

Other groups of workers – in particular, the less skilled – have suffered increasingly during the pandemic. There are, for example, reports of Ethiopian domestic workers in Lebanon being left outside the Ethiopian embassy. Their former employers can no longer afford to pay them and so opted to leave them at the door of their home embassy, which then failed to address the problem.[268] Other examples are more hopeful, however. Many countries have adopted measures to ease the situation of migrant workers during lockdown.[269] The changes highlight, in some cases with almost unbearable clarity, the shortcomings of existing systems and the cruelty that is all too often part and parcel of so-called "managed migration." However, there are also examples of adopted measures that have long been demanded. Is the pandemic also providing opportunities for the relevant authorities to learn how to strike a fairer balance between the interests at stake? We should also keep in mind that the negative tendencies identified before the outbreak of the COVID-19 pandemic have in many ways been exacerbated by it.

In Belgium, a system of temporary unemployment benefits has been created for the employees temporarily unemployed as a result of the crisis. Two systems have been developed: benefits for unemployment due to *force majeure*, which means the employer had to close by government order, and benefits for unemployment due to economic circumstances, in which case the employer did not

267 See for example the recording from a seminar on farm workers experiences of COVID-19 organised by Tomaso Ferrando, Manoj DiasAbay and Brid Brennan supported by Bristol university and TNI etc. - https://www.youtube.com/watch?v=mAom91BiG1E.

268 Colson, T., Ethiopian maids are being dumped onto the street by once wealthy Lebanese families who can no longer afford servants, 21 June 2020, Business insider: https://www.businessinsider.com/lebanon-ethiopian-maids-dumped-onto-the-street-as-crisis-intensifies-2020-6?r=US&IR=T.

269 OECD, Managing international migration under COVID-19 (footnote 245) p 1.

have to close, but has experienced economic hardship.[270] If unemployment was due to *force majeure,* all employees were eligible for government unemployment benefits and retention of their labor contract, including legally employed migrant workers. Migrant workers were excluded from the obligation to fulfil the usual, pre-COVID conditions of regular unemployment benefits.[271] Migrant workers who became unemployed a second time because of economic circumstances, however, had to fulfil all conditions to receive unemployment benefits again.[272] Migrant workers without a labor contract when the pandemic started had to prove that they had previously worked a certain of days, with a minimum of 212 days in the 21 months prior to the application, as well as that they legally resided in Belgium and that they are allowed to work there.[273] Because of the pandemic, certain labor law conditions for migrant workers have been eased; for example, labor shortages in certain sectors meant that asylum seekers did not have to wait four months in order to apply for a work permit.[274] In Belgium, the consequences of the pandemic for the labor market overall during 2020 were relatively limited,[275] but in order to mitigate the negative impact on third-country migrant workers, the Socio-economic Council of Flanders suggested improving the services provided by the *VDAB* (Flemish Job Placement Service), as well as accelerated digitalization and inclusion of migrant workers in digital processes, and inclusion of migrant workers in educational programs.[276]

In Sweden, many workers with work permits employed at hotels and restaurants have been hard hit by the pandemic.[277] Migrant workers at companies receiving support under the short-time working scheme could also benefit as long as they met the general qualification criteria. Workers on both permanent

270 Jorens, Y., National Report for Belgium, 2021.

271 Ibid.

272 Ibid.

273 Ibid.

274 Royal Decree of 23 April 2020 concerning the temporary ease of the conditions, among which the unemployed, whether or not with company allowances, can be employed in vital sectors and concerning the temporary freeze of the full employment benefits, Belgian Official Gazette, 30 April 2020, cited in: Jorens, Y., National Report for Belgium, 2021.

275 Statbel, Gevolgen van de COVID-19-crisis voor de Belgische arbeidsmarkt in 2020 blijven globaal genomen beperkt, 29 March 2021, see: https://statbel.fgov.be/nl/themas/werk-opleiding/arbeidsmarkt/werkgelegenheid-en-werkloosheid

276 SERV, Impact van Corona op personen met een migratie-achtergrond en personen met een arbeidsbeperking, 21 December 2020, see: https://www.serv.be/sites/default/files/documenten/COM_DIV_20201221_Impact_corona_kansengroepen_NOT.pdf

277 https://www.hotellrevyn.se/riskerar-utvisning-pa-grund-av-corona/

and temporary contracts can receive the allowance if employed for at least the previous three months.[278] The requirements for qualifying for both basic and income-based unemployment benefits have been reduced, which benefits all workers with more precarious status, including labor migrants.[279] No specific measures have been implemented for the benefit of migrants, however, which means that those who do not meet the criteria (six months' work) do not qualify for the basic allowance.[280]

In Croatia, according to NGO representatives, the pandemic has increased the rate of dismissal of refugees, who are employed mainly in services, usually in the lowest paid jobs, with precarious working conditions and fixed-term employment contracts.

The new Aliens Act of 2021 abolished the previous quota system for the employment of foreigners and replaced it with a labor market testing system (Article 98). The onset of COVID-19 disrupted the labor market. For example, there was for the time being no need for mass employment in Croatia's seasonal employment sectors. It is very likely that employers only kept migrant workers in existing jobs and did not hire new ones.[281]

Despite the increasing need for health workers during the pandemic, no initiative has been launched to accelerate the recognition of professional qualifications of persons under international protection who are qualified health care professionals. Nor has any initiative been launched to facilitate the employment of other categories of migrants.

Croatian employers employing migrant workers during the pandemic have had the same access to job support or job retention incentives as for national workers. Migrant workers who were dismissed in accordance with the Labor Market Act (OG 118/18) under the same conditions as other workers are entitled to unemployment benefits, if they have residence status in the Republic of Croatia. Migrant workers from other EEA Member States or Switzerland

278 See more on these allowances in: Caroline Johansson and Niklas Selberg, COVID-19 and Labour Law: Sweden, update 7 June 2020, Italian Labour Law e-journal, Special Issue 1, Vol. 13 (2020)

279 Ibid.

280 https://www.sverigesakassor.se/unemployment-benefits-in-sweden/

281 Ibid.

may transfer the benefit to another Member State for a period of up to three months.[282]

Despite labor shortages, it is not expected that domestic workers will fill the skills gap and easily replace migrant workers after the pandemic in sectors such as construction and tourism, although a certain number of domestic workers might undergo the relevant vocational training.[283]

The COVID-19 health emergency in Serbia revealed that migrant workers enjoyed the same rights and protections as other workers, but also publicly exposed the risk of labor exploitation of migrant workers by revealing loopholes in sub-contractual employment relations in the construction sector. But migrant workers are often hired exactly because of the lower standards of legal protection and the possibility of exploitation.[284] The National Report on Serbia details one high profile case of labor exploitation of 150 migrant construction workers from India during the pandemic.[285]

Upon the declaration of the state of emergency, important measures were adopted to ease the situation of migrant workers in Serbia. They included extending the validity of residence and work permits on the basis of the Decision on Declaration of the State of Emergency.[286] This was particularly important for laid-off migrant workers, and was in accordance with provisions of the ILO Convention No. 143, ratified by Serbia, stipulating that migrant workers who have resided legally in the territory for the purpose of employment shall not be regarded as being in an irregular situation merely because they have lost their job as a result of the economic impact of the pandemic. That is, loss of employment does not in itself entail withdrawal of residence rights or work permit.[287]

For Serbian employers, the sharp downturn or even collapse due to the state of emergency resulted in the redundancy of temporary agency workers, as well as termination of the civil law contracts under which many migrant workers were engaged without the status of employees.[288] With many, employers

282 Ibid.
283 Ibid.
284 Kovačević, Lj., Latković, B., National Report for Serbia, 2021.
285 Ibid.
286 Ibid.
287 Ibid, ILO Migrant Workers Convention, 1975 (No.143), Art. 8, par. 1.
288 Kovačević, Lj., Latković, B., National Report for Serbia, 2021.

concluded an agreement for the voluntary termination of employment in order to circumvent the law on collective redundancies (social program, notice period, severance payments, and so on).[289] Dismissals (including dismissals of migrant workers as the most vulnerable) were limited through regulations providing financial incentives to employers who did not cut jobs by more than 10 percent from the outset of the state of emergency.[290]

During the state of emergency, legal insecurity had been increased by certain contradictory measures contained in the new laws, and the failure of the competent authorities to protecting workers further, or at least to notify employers and their employees in good time of their rights and obligations during the state of emergency. This problem was even more pronounced for migrant workers because of their lack of information on government emergency measures, as they were not officially translated into languages that some migrants understand or made available in accommodation facilities.[291]

Serbia has not adopted any measures aimed at supporting workers in the informal economy, leaving them without means of subsistence and deprived of adequate health and safety at work. They fear that they will face retaliation

289 Ibid.

290 Serbian Government passed the Regulation on Fiscal Benefits and Direct Aid to Businesses in the Private Sector and Financial Aid to Citizens to Mitigate the Economic Impact of COVID-19 (Official Gazette of the RS, No. 54/20 and 60/20), which allowed postponement of payment of wage taxes and social security contributions incurred during the state of emergency until the end of 2020. As of January 2021 the businesses have an option to further postpone the payment of taxes and contributions by another 24 months with no interest. Regulation also stipulates employment retention measures, such as: a) all entrepreneurs and micro and small enterprises are entitled to grants in the amount equivalent to one minimum wage per employee (250 EUR/month), for each of the three months of duration of the state of emergency, provided that they haven't dismissed more than 10% of their employees; b) all large private enterprises who have been in position to refer the employees to the leave due to the discontinuation of work or work decrease during the state of emergency, can be granted upon request, compensation equivalent to the 50% of minimum monthly wages of the employees, cited in: Kovačević, Lj., Latković, B., National Report for Serbia, 2021.

291 M. Pajvančić et al., Gender Analysis of COVID-19 Response in the Republic of Serbia, 2020, 25. This requirement is confirmed in the ILO Migration for Employment Recommendation (Revised), 1949 (No. 86), par. 5 (2). It is also in line with the WHO Considerations for Public Health and Social Measures in the Workplace in the Context of COVID19 (Annex to Considerations in adjusting public health and social measures in the context of COVID-19), which asks that special attention be paid to reaching out to and engaging vulnerable and marginalized groups of workers, such as those in the informal economy and migrant workers, cited in: Kovačević, Lj., Latković, B., National Report for Serbia, 2021.

from the employer if they request appropriate protective equipment or initiate proceedings to assert their labor rights.[292]

The pandemic in Spain led to an increase in unemployment among migrant workers and receipt of unemployment benefits. Remote working by civil servants led to changes in the way expired residence and work permits are processed and the government tried to prevent residence irregularities, adopting specific legislation under which the expiry date of residence and/or work permits was "automatically extended" during the state of emergency and until six months after the end of the state of emergency (that is, until December 2020).[293]

The crisis has made the Spanish government more lenient regarding job or means-test requirements for residence permits. The Government adopted proceedings to make compliance more flexible, for example by allowing job retention even if migrant workers become unemployed or had their working hours reduced, especially in the case of domestic workers, who were also eligible for public financial support in case of unemployment.[294] In Catalonia, legislation has been introduced to subsidize house owners hiring migrant domestic workers in an irregular situation, provided that being hired is a way for them to obtain residence and work permits.[295]

Because the pandemic has led to a significant decrease in the agricultural labor supply, usually provided by seasonal workers, legislation was adopted to make temporary hiring in this sector easier. These workers include migrants whose work permits expired during the state of emergency or young third-country nationals aged 18–21 with regular immigration status.[296]

Finally, the Spanish government has again passed a law for 2021 permitting the hiring of migrant workers for seasonal work or harvesting, or for temporary work or services, on condition they pledge to return to their country of origin.[297]

---

292 S. Bradaš, M. Reljanović, I. Sekulović, The Impact of the COVID-19 Epidemic on the Position and Rights of Workers in Serbia with Particular Reference to the Frontline and Informal Workers and Multiply Affected Workers Categories, 2020, pp 42-43, cited in: Kovačević, Lj., Latković, B., National Report for Serbia, 2021.

293 Ferran Camas Roda, National Report for Spain, 2021.

294 Ibid.

295 Ibid.

296 Ibid.

297 Ibid.

In Switzerland, the pandemic has created job opportunities for migrant workers in the agricultural, mail order, health, medical research, pharmaceutical, IT and logistics sectors.[298] For example, the two largest groups in the Swiss retail sector (Migros and Coop) were not able to meet demand due to logistical problems (supply, storage, insufficient means of delivery).[299] The pandemic has helped to highlight major opportunities for improvement in IT and logistics, particularly in the distribution sector. It has also shown that the supply of migrant workers from neighboring EU countries is essential for the normal functioning of the Swiss health care system.[300]

In Turkey, COVID-19 has had an impact on daily domestic services. Many families have had to stop hiring migrant domestic workers due to health risks.[301] On the other hand, domestic workers in Turkey do not benefit from unemployment insurance, so they have been unable to rely on state-funded unemployment insurance payments and other short-term allowances.[302] Migrant domestic workers who were able to continue working were exposed to long hours and unpaid overtime, particularly during curfew weekends.[303]

Finally, discriminatory treatment of migrant workers has been reported in South Korea, where the Provincial Government of Seoul issued an administrative order requiring all migrant workers in the city to undergo diagnostic tests in March to prevent the spread of COVID-19. Medical experts were shocked by the Seoul city government's decision to mandate coronavirus tests for all foreign workers in the city, saying it is discriminatory, scientifically unjustifiable and may even violate human rights.[304]

Substantial teleworking might lead to "an increasing disconnect between countries of nationality, residence and work, particularly for highly skilled workers" to whom virtual employment platforms will be offered, with certain social protection and benefits. Currently, Croatia, Estonia and Greece have digital nomad visas for migrant workers who choose to work remotely and live

298 Pétremand, S., National Report for Switzerland, 2021,
299 Ibid.
300 Ibid.
301 Dogan Yenisey, K., National Report for Turkey, 2021.
302 Ibid.
303 C. Güler, 'Ev İşçileri Dayanışma Sendikası COVID-19 Raporu, Peki Ya En Alttakiler …'http://www.evid-sen.org/2020/04/23/evid-sen-COVID-19-raporu-peki-en-alttakiler /
304 Kwang-Taek, L., National Report for South Korea, 2021.

in a more affordable country, with certain earnings thresholds (usually much higher than the host country's average salary).[305]

8. POSSIBLE LESSONS LEARNED FROM THE PANDEMIC AND WAYS FORWARD FOR LABOR MIGRATION

Looking back at labor migration before the pandemic, discussions focused on such issues as regularity of employment and residence status, sanctioning of employers for illegal employment of migrant workers, obstacles to unionization of migrant workers, prevention of exploitation mainly of low-skilled migrant workers, wage gaps between migrant workers and nationals, and particular sectors of employment in which migrant workers worked because they are not appealing to national workers. In the previous ISLSSL Report, special emphasis was put on the vulnerability of migrant workers.[306] Four years later we have not only previous layers of labor and social law related to vulnerabilities, exploitation and inequality of migrant workers, but we have new layers of novel vulnerabilities of migrants due to the tectonic changes in the world of labor caused by the pandemic. All migrant workers have been affected, some in a positive way thanks to the swift reaction of host counties that promptly realized that migrant workers should be treated equally to nationals, even in such a health emergency. They extended to them state wage subsidies, full health protection coverage, protection from unemployment and secure residence status. Others realized how fragile the international and regional legal framework is for the protection of migrant workers' rights. In practice, it collapsed with the first lockdown, leaving migrant workers without basic labor and social security rights in host countries. This showed us what Professor Dogan Yenisey called the "discrepancy of rights" between different migration statuses. The available research shows that highly skilled migrant workers enjoyed a higher level of COVID-related benefits and wage subsidies than lower skilled migrant workers. Discrepancy of rights gained another new aspect because higher skilled migrant workers were able to practice remote working, thus protecting them from exposure to the virus. They also had more job security than lower skilled migrant workers, who often work in frontline jobs or jobs impossible to do remotely and thus faced a higher rate of dismissals

305 EMN, 2021, p 35-36.

306 Dogan Yenisey, K., Safeguarding the Rights of Migrant Workers: Another Challenge for Labour Law? Bulletin of Comparative Labour Relations – 105 Transformations of Work Challenges for the Institutions and Social Actors, eds. Casale, G, Treu, T., Wolters Kluwer, 2019.

due to business closures. In the most dramatic situations, migrant workers were the first to be furloughed and left without employment and residence status and income in the host country, besides being unable to return home due to travel restrictions and border closures. Therefore, four years after the previous ISLSSL report on Migrant Workers, we still have "regulated precarity" and a lack of legal protection for the most vulnerable migrant workers, who need legal protection the most. The difference is that the pandemic has made the existing short comings of the system even more visible.

This report highlights wage gaps and educational attainment gaps, while the previous one highlighted unionization gaps between migrant workers and nationals. All of this remains in place. New gaps related to the public health emergency include a remote-working gap, a digital-divide gap and a public-health gap. The remote-working gap affects migrant workers who are unable to do their jobs at home, either because of their housing situation or the nature of their job. They are thus subject to additional status vulnerability in case of disruptions of regular work processes. The digital-divide gap is specific to migrant workers who have no access to digital tools and equipment. Finally, the health gap excludes foreigners in general, including migrant workers, from access to testing and immunization health care in public health care emergencies. This can have detrimental consequences for the health of migrants, their families, and the host community in general.

The COVID-19 health crisis, besides its many problems, has also gifted us an unprecedented learning opportunity. First, it has highlighted the contribution of migrants' work, the importance of labor migrants in essential services, and the necessity of building resilient labor migration systems.[307]

Secondly, it has provided an opportunity to rethink labor migration management overall and to build on the lessons learnt to create a new, improved and fairer labor mobility framework. The pandemic may give policymakers the chance to overhaul existing models and systems, and to design a more resilient labor migration governance to respond better to future crises and their effects on migration, migrant workers, and their families.[308]

307 Anderson, Poeschel and Ruhs, 2020, https://cadmus.eui.eu/handle/1814/68235, cited in: EMN – JRC – DG HOME, 2020, p 4.

308 OECD (footnote 245), ILO (footnote 253), p 33.

Thirdly, the pandemic has made us aware –once again – how vulnerable migrant workers are in terms of labor and social protection. Therefore, it is essential to do more research on various aspects of the current health crises, insofar as it affects migrant workers. Legal policies regulating the labor and residence rights of migrant workers are key to a more precise assessment of what will be involved in reopening labor markets to migrant workers. Fair wages, equal treatment in social protection, and decent living conditions should be key considerations when admitting migrants.[309] Wage protection systems may prevent underpayment by requiring employers to pay workers' wages electronically via authorized financial institutions, to make payments transparent and traceable.[310] In countries where migrant workers do not enjoy the legal right to minimum wages, as stipulated by ILO Convention No. 131 on Minimum Wage Fixing, there is a need to extend minimum wage provisions to all workers, and strengthen freedom of association and collective bargaining. International labor standards guarantee all migrant workers, irrespective of their immigration status, equality of treatment in respect of rights arising out of past employment as regards remuneration, social security, and other benefits, including severance pay, employment injury benefits, compensation in lieu of any holiday entitlements, and reimbursement of any social security contributions (ILO Migrant Workers [Supplementary Provisions] Convention, 1975 [No. 143], Article 9, and Migrant Workers Recommendation, 1975 [No. 151]). All migrant workers, irrespective of their immigration status, must also be able to seek redress for wage-related violations. The ILO points out how essential it is to guarantee these principles in national labor laws, and to ensure that these rights are not undermined by immigration laws requiring swift repatriation of workers whose work permits have expired or been cancelled due to job loss. This is of particular importance in all kinds of emergencies, including a health emergency.[311]

The COVID-19 pandemic has underlined the importance of responses to ensure migrant workers' rights, at their workplace and in the host country,[312] as well as their social protection, primarily health care coverage and protection from unemployment. It is of crucial importance to use the crisis to further ex-

309 Ibid, p 50.

310 Ibid.

311 Ibid, p 52 and ILO, Supporting Migrant Workers During the Pandemic for a Cohesive and Responsive ASEAN Community. Draft Thematic Background Paper for the 13th ASEAN Forum on Migrant Labour, 2020.

312 Ibid.

tend migrant workers' social protection, in line with ILO standards for the equal treatment of nationals and migrant workers in social protection. This is a key element in crisis preparedness and response.[313] The pandemic has highlighted the importance of extending unemployment insurance to cover migrant workers, especially in times of crisis or emergency. [314]

The pandemic has rapidly and almost completely digitalized many lives and this swift digitalization might have a significant impact on migration management. E-visas from Australia, New Zealand, Canada, the United States and Turkey have been complemented by the widespread development of online applications for visas and residence permits.[315] New options for the digitalization of labor migration include matching tools, migrant status verification systems for employers, and assessment of qualifications and skills.[316]

Finally, health requirements might become more pressing for residence permit applications.[317]

313 Ibid, p 54.

314 ILO, Supporting Migrant Workers During the Pandemic for a Cohesive and Responsive ASEAN Community, 2020.

315 EMN, 2021, p 35.

316 Ibid.

317 Ibid.

TRABAJADORES ATÍPICOS E INFORMALES

NON-STANDARD AND INFORMAL WORKERS

NON-STANDARD AND INFORMAL WORKERS

ROBERTO FRAGALE FILHO

Ph.D. in Political Science from the Université de Montpellier I (1997) and Full Professor in Legal Sociology at the Faculty of Law of the Universidade Federal Fluminense (UFF), where he is part of the faculty of the Postgraduate Program in Sociology and Law (PPGSD). He is a Labor Judge of the 1st Labor Court of São João de Meriti (RJ), acting as Assistant Judge of the Judicial School of TRT-RJ since March 2015.

PAMHIDZAI BAMU

Researcher and lecturer in labour law and policy, with publications and experience in labour and social security research projects. She is interested in projects on precarious work, workers in global value chains, labour migration, and the informal economy in the Sub-Saharan African context. She has worked as a researcher in the Institute of Development and Labour Law at the University of Cape Town, and the Social Law Project at the University of the Western Cape, and has undertaken and published research on various labour issues in South Africa and Southern Africa

SUMMARY: 1. Context. 2. Concepts. 3. Problematizing Informality. 3.1. Organizing Informal Workers. 3.2. A Gendered Problem. 3.3. Domestic Workers. 4. Problematizing Non-standard Workers. 5. Covid-19: Impact on Non-standard and Informal Workers. 6. Conclusion: A Debate for the Future

1. CONTEXT

Elaborating a report embraces a long process of discussions and interactions, especially when it is supposed to come from a collective construction. This was indeed the idea when we were invited to coordinate the study group on non-standard and informal workers by the International Society for Labour and Social Security Law (ISLSSL) back in September 2019. We had timidly started this process by the beginning of 2020, when the Covid-19 pandemic was announced and recommendations for social distance were enforced. Many countries adopted a lockdown policy, preventing congresses, seminars, and academic meetings from happening. Academic socialization was badly damaged and it took months before it could be resumed and yet it was done on an online basis. As life became uncertain, our efforts to put together a collective construction were severely affected and we were incapable of overcoming sanitary restrictions to continue with our original idea of voicing up a collective perception of non-standard and informal workers. This report is therefore an isolated effort from its writers and is the expression of what was possible to achieve in pandemic conditions. It is not what we desired for, but instead what was possible to do. Furthermore, we decided to take a more essayistic approach, trying to get away from the academic formalities which are expected to be seen in this kind of report. As a consequence, footnotes were avoided. We wanted to provide for a smooth and continuous reading without the up and down inscribed in the footnote logic (or back and forth of the endnotes' presentation). This essayistic approach allowed us to take risks with a more personal writing expressing our impressions on where we stand on non-standard and informal workers. Accountability for the report is only on us and we openly take responsibility for its contents. We hope the reader will not be disappointed.

2. CONCEPTS

Informality is a concept extremely difficult to define. It is most commonly perceived for what is not than for what it indeed is. Consequently, informality refers to relationships that are not formalized or that take place outside formal contexts, *i.e.*, it is used to describe practices that are not State legally driven, constitute grey areas and form a variety of shadow, second or covert economies. Differently conceptualized according to its study field, informality constitutes an ideal type based on face to face, intimate relationships, personal modes of social control, tacit knowledge, private and communal ties, while formality refers to an ideal type which is impersonal, transparent and explicit, with social distance and clear structures of power, reliant on official and legal roles, and public and contractual relations. Informal workers are therefore excluded from formality and policy usually seeks to bring them up to formality.

Standard is also a concept extremely difficult to define. Despite different possible approaches, it basically works as a reference for a system. While labour standards, as they establish basic worker rights, working conditions, and wages to be paid, set up a minimum level of social protection, standard labour is apprehended, especially in accounting, as the amount of labour time that is expected for the completion of a task. Put differently, a minimum reference for the former, and an average reference for the latter. A reference that comprises the desired pattern for a worker legal status, standard workers basically relate to those who benefit from an unlimited term labor contract, the paradigmatic employment contract type. Non-standard workers are therefore defined by opposition as they are delineated for what they are not: standard workers. As a general trend, non-standard workers do not enjoy job-stability, fringe benefits and the social security safety net which is accorded to full-time, standard employees.

Our report focuses consequently on those who are totally excluded – informal workers who are not formally integrated in the labour legal system – and those who are not totally included – non-standard workers whose formal integration does not grant full protection and hardly grants the minimum level of social protection. It is a report about exclusion and precariousness. It is about those who are eager to fit in and about a legal system that needs to reinvent itself (or at least be more porous) in order to be more inclusive or, to put on a fundamental labour rights perspective, to provide for decent work for everyone.

3. PROBLEMATIZING INFORMALITY

To celebrate its 100th birthday, the *International Labour Review* is producing a Centenary Collection, whose first number is dedicated to informality. In its introduction, Ravi Kanbur proposes a framework matrix which encompasses four different ideal behaviors from economic actors as they deal with State regulation: compliers, evaders, avoiders and outsiders. While compliers correspond to the formal labour world, the three other ideal types express the heterogeneity of informality, *i.e.*, what is left out of the formal regulatory box. When one examines the proposed framework, three different aspects draw immediate attention: (a) the complexity of informality's diversity, (b) the need of empirical assessment, and (c) the long-lasting coloniality effect that conceives informality as something intrinsically problematical in need of being overcome.

As a matter of fact, although informality may be used to describe the non-formal three ideal types, they are not one and the same. There are subtleties to each circumstance which requires different approaches and analysis. Complexity is inherently to an almost catchall concept, which needs to be empirically tested and verified. Most of all, what is needed is the deconstruction of a reasoning that conceives formality as the right and only way of doing things. Definitely, such perception lies on a normative approach that reduces social regulation to State law and ignores the social richness inscribed in other normative orders.

The papers reunited for the first number of the Centenary Collection cover a period of 41 years from 1975 to 2016 and clearly deal with these aspects. Nevertheless their unity does not hide a timeline of research agenda contents that can be summarized in three periods: (a) in the early years, the big research question referred to conceptual issues inscribed in informality; (b) throughout the 1990's, policy and politics became a major issue as dealing with moving boundaries between formality and informality and estimating the impact of different actors were research questions that gained visibility; and, (c) over the last two decades, interdisciplinary approaches were introduced for measuring effects from informality. A research agenda is at last proposed by Kanbur as he draws attention to the impact of technology, which is expanding informality to the formal world on matters of employment quality – informality is nowadays affecting educated and skilled labour – as well as on geographical concerned areas – it is no longer restricted to underdeveloped areas –, and on informality's social organization whose complexity is enhanced by this very same technology.

Yet, such trajectory and prospective exams seem to be limited by an approach that overvalues State regulation, *i.e.*, that fails to embrace normativity outside the State legal system. Lack of formality does not necessarily mean lack of normativity or absence of regulation. An additional aspect to be thus integrated to this research agenda refers to legal pluralism and how it may provide analytical frames to understand how informal work is not necessarily an antonymous for decent work. Informality may be strongly regulated by other normative orders and comprehending how they operate may contribute to a more permeable labor law.

International Labour Organization (ILO) Recommendation 204 (2015) discusses the transition from informal to formal economies. As objectives, it guides ILO members to facilitate the transition from one to the other, promote a sustainable development of formal economies and prevent the informalization of formal economy jobs. Basically, it aims to limit formality's erosion and drawbacks while expanding it and simultaneously integrating informality into formality. R204 covers workers in the informal economy, including: (a) workers who own or operate informal economic units, for instance, own account workers and members of cooperatives; (b) workers in informal jobs in formal or informal economy economic units, including subcontracted workers and domestic workers; and (c) workers in unrecognized and unregulated employment relationships (which may include platform workers). Tailoring measures for such transition accordingly to context is important to deal with informality heterogeneity and national diversity and to offer social protection to the most vulnerable workers in the informal economy (including but not limited to women, young people, migrants, older people, persons living with HIV or affected by HIV or AIDS, persons with disabilities, domestic workers). Most of all, transition to the formal economy has to promote Human Rights and decent work for all through respect for the fundamental principles and rights at work.

Empirical data is absolutely necessary for designing and implementing policies and legal regulation for such transition which is supposed to promote fundamental principles and rights at work, social dialogue, equality and the elimination of all forms of discrimination and violence, including gender-based violence, at the workplace. Integration is to be accompanied by effective social security coverage and occupational safety and health policies. Income security and access to justice are also desired to enhance social ties and expand public participation in the national wealth.

3.1. Organizing Informal Workers

R204 establishes that those in the informal economy should enjoy freedom of association and the right to collective bargaining, and employers' and workers' organizations should, where appropriate, extend membership and services to workers and economic units in the informal economy.

Yet, organizing informal workers is not an easy task as it demands a conceptual review of trade unionism and an urgent revision of the concept of representation. Indeed, representation was previously inscribed in a classical logic of economic categories which is clearly challenged by informal workers' integration. Organizing informal workers is therefore simultaneously a challenge and an opportunity. A challenge as it requires a breakthrough movement regarding who is to be integrated and an opportunity as it provides the union movement with a chance to reinvent itself.

A defy and an opportunity which are not exempt of many challenges for trade unions as to: (a) who to organize; (b) how to organize individuals and associations; (c) constitution; (d) dues structure and collection; (e) services and benefits offered to informal workers; and (f) democratic structures and culture. The two possible perspectives for organization include: (i) the integration of individuals and/or associations to the existing representative structure, and (ii) the granting of an equivalent representation status to informal economy associations, including cooperatives.

The drawing of a constitution that provides for a balance between representation, voting rights and membership dues is necessary to avoid a second-class representation. Each and every represented worker, whether formal or informal, is to be adequately incorporated in the constitution. Dues structure and modes of collection are to be re-imagined to avoid excluding informal workers and these must be balanced against the level of benefits (full or partial) and the nature of services that they receive. As for services and benefits offered to informal workers, representation needs to surpass collective bargaining and offer empowerment to informal workers, for example, micro-credit and capacity-building to support negotiations with public administration. Finally, the development of democratic structures and culture is something necessary to enhance citizenship and to fight gender, racial and social inequality.

We consider examples of the organization of non-standard and self-employed workers and consider how trade unions can play a role in supporting the organization and representation of these workers.

Tanzania's commuter minibus (daladala) drivers and conductors provide local transport to the public. Daladalas are privately-owned and are the most available and cheapest form of public transport. Daladala operations are characterized by a clear class division between the bus owners and the transport works. About 20,000 to 30,000 daladala workers work for bus owners, the majority without clear employment contracts. Daladala workers pay the owners a non-negotiable daily rent to operate their buses and earn their income only after subtracting all operating expenses, including fuel, traffic fines and police bribes. Daladala drivers could be characterized as disguised employees or dependent workers. Tanzania's daladala workers struggled for recognition and protection as employees for many years. In 1997, a handful of bus drivers and conductors united to form their own association called UWAMADAR (Association of Daladala Drivers and Conductors in Dar es Salaam). The association partnered with the Tanzania Communication and Transport Workers' Union (COTWUT). By April 2000, UWAMADAR was officially registered as an autonomous workers' association and as a branch of COTWUT.

The coalition then pushed for collective bargaining with DARCOBOA, the association of bus owners/employers and supported strikes and localized walkouts of workers. The coalition also appealed to government to persuade government to deal directly with DARCOBOA. Faced with the prospect of the disruption of the city's transportation, the government pressurized DARCOBOA to negotiate an agreement with the workers. A collective agreement was eventually concluded, and became legally binding in March 2004. The agreement governed the employer-employee relationship in the sector, including minimum wages, working hours and holiday entitlements. Despite the victory of securing a labour contract, the workers faced several challenges, including high qualification thresholds; lack of enforcement mechanisms; and a weakened organization due to rapid workers turnover. The coalition lobbied for the government's newly established Sea and Maritime Transport Regulating Authority to require bus owners to submit individual workers' contracts before issuing them with transport licenses. The government acceded to the coalition's demand in 2009.

Self-employed workers are largely excluded from joining trade unions, which typically organize employees only. As a result, they are often excluded from the trade union federations that represent workers in social dialogue forums where labour and economic development issues are discussed. This means that

often, the needs and interests of informal workers are not considered in law and policy-making processes that affect them.

There are different models for the representation of informal workers and their interests in social dialogue structures where the interests of formal workers are ordinarily represented. The first model is for informal workers' organizations to be registered as trade unions where national legislation allows for this. For example, the Malawi Union for the Informal Sector (MUFIS) in Malawi and the Self-Employed Workers' Association (SEWA) in India organize self-employed workers such as street vendors and waste pickers and are registered as trade unions. In both instances, the unions had to seek an exemption to be able to register as a union of self-employed workers. In Ghana, the Union for Informal Workers (UNIWA) is a trade union that serves as an umbrella body of various associations of self-employed informal workers.

The advantage of trade union status is that the informal workers' organizations can affiliate with national trade union federations and ensure that their interests are directly or indirectly represented. For example, by virtue of being an affiliate of the Ghana Congress of Trade Unions (GTUC), UNIWA was able to secure the inclusion of a special social insurance regime for self-employed workers in the Pensions Act of 2008. The Malawi Congress of Trade Unions (MCTU) has given its affiliate MUFIS a seat in the national Tripartite Labour Council, ensuring that the interests of informal workers are directly represented therein.

Another way in which trade unions can represent informal workers' interests is through collaboration and mutual support. An example is in Zimbabwe, where the Zimbabwe Trade Union Congress (ZCTU) spearheaded the establishment of the Zimbabwe Chamber of Informal Economy Associations (ZCIEA). ZCIEA was formally founded in 2002, bringing together a group of 22 informal traders' associations into an apex body representing their interests. ZCIEA has a Memorandum of Understanding with the ZCTU for recognition and coordination of activities on any issues relating to workers in the informal economy.

At the regional level, regional trade union structures may encourage their affiliates to work with and support informal workers' organizations. For example, the International Trade Union Confederation (ITUC)'s regional branch in Africa (ITUC-Africa) called on its national affiliates to raise awareness of the needs of

informal workers, to help them to secure voice and representation during the pandemic and to raise public awareness of their economic contribution.

Trade unions that are represented on national Covid-19 task forces and committees have served as a conduit for informal traders' to place their issues on the agenda. The Liberian Labour Congress (LLC) successfully advocated for a Covid-19 Task Force to be established. In addition, the LLC advocated for the provision of material support for informal workers who were unable to work due to the lockdown. In addition, the Malawian MCTU demanded that the government pay informal traders an allowance to cover their basic needs under a lockdown.

A third way is that informal workers' organizations can be recognized as social dialogue partners through legislation. In South Africa, the National Economic Development and Labour Council (NEDLAC) was established in terms of the NEDLAC Act of 1994. It is a "tripartite plus" structure that comprises labour, business, government and a fourth constituency called the community and development constituency. Although nothing in the Act requires the appointment of informal workers' organizations, the constituency's members include representatives of these organizations. In terms of the NEDLAC Act and the NEDLAC Constitution, this constituency is allowed to participate in discussions that take place in one of four of the NEDLAC chambers - the Development Chamber.

In Kenya, the National Social Security Fund Act of 2008 established the National Social Security Fund (NSSF). In addition to formal employees, the Act allows self-employed workers to join the Fund and adapts the provisions in light of their circumstances. Importantly, Act allows for the representation of self-employed workers' organizations in the NSSF board. This ensures that the needs and interests of informal workers are directly represented in the design and implementation of the social insurance fund.

3.2. A Gendered Problem

Gender inequality is a major problem in the formal economy and much has been done to modify its circumstance. Yet, it is a much bigger problem in the informal economy. Indeed, informality touches women more profoundly than men. From the start, the paradigmatic employment contract went along

with a labour environment which was predominantly male. The sexual division of labour sent men to the plant floor while keeping women at home to take care of house chores and children. Men were supposed to be breadwinners for working families with very precise gender roles. Women's work is therefore invisible and unaccounted by labour and social protection law. Informality and gender intersect domestic work, whether it is paid or unpaid.

3.3. Domestic Workers

Domestic work is another example of informal work that largely affects women workers. Data shows there are 75.6 million domestic workers aged 15 years and over around the world. Women are disproportionately represented amongst domestic workers globally: women account for 76.2 % of these workers and the sector accounts for 8.8% of female employees or 4.5% of female employment worldwide, By contrast, male domestic workers account for only 0.9% of male employment. About 81.2% of workers in the sector work informally. Informality can be attributed to three issues: (i) exclusion from labour and social security laws; (ii) lack of implementation or compliance with labour and social security laws; and (iii) insufficient or inadequate levels of legal protection.

The adoption of ILO Convention n. 189 concerning Decent Work for Domestic Workers and its accompanying Recommendation n. 201 (2011) was a key milestone for bringing about desired change. On the one hand, the Convention aims to ensure that member states treat domestic work as "work like any other". For example, member states must make sure that domestic workers' normal working hours, their overtime pay, their daily and weekly rest periods, and their paid annual leave are similar to those of workers in other sectors in their country. If there is a minimum wage in the country, it must also apply to domestic workers. C189 also extends the fundamental rights and principles at work to domestic workers: they should enjoy the right to freely associate and to bargain or negotiate with their employer; no child below the age of fifteen should work as a domestic worker; no one should be forced to be a domestic worker; and no domestic worker should be discriminated against at work. C189 also requires state parties to protect domestic workers against abuse, harassment and violence.

On the other hand, the Convention recognizes that domestic work is "work like no other": the special conditions under which domestic work is

carried out require that general standards be supplemented with "standards specific to domestic workers so as to enable them to enjoy their rights fully." Member states must ensure that workers can negotiate with the employer to live in the employer's house or away from the household. As for live-in domestic workers, they must ensure decent living conditions that respect their privacy; freedom to be absent from the household when they have rest periods or leave; and protection from laws that regulate stand-by hours. Migrant domestic workers, who are usually more vulnerable than other workers, must have a written contract before traveling to their host country. Member states must regulate private employment agencies to prevent the exploitation of domestic workers. In addition, C189 requires governments to guarantee domestic workers' right to be treated fairly, with dignity and respect and ensure that their terms of employment are reasonable. While such rights are often implied in the scope of international labour instruments that regulate other occupational groups, it is seldom expressed so directly. This suggests that this provision was necessary to ensure in light of the discriminatory, demeaning and exploitative treatment that many domestic workers are subjected to.

Despite the tremendous victory that C189 and R 201 presented for domestic workers, ten years later, domestic workers remain exploited and undervalued in national contexts. Out of 187 member states, only 34 have ratified C189, with half of them being in Latin America and the Caribbean. Legal coverage may have grown over the last decade, but effective coverage is a mirage for a large part of them.

Identified as the country with the largest domestic working force, Brazil is a good example of how these sources are intertwined and contribute to keep domestic work away from decent work. Before Brazil ratified C189, domestic work was explicitly excluded from the Labour Code regulation, although some rights were granted by the 1988 Federal Constitution. After the country ratified C189, a Constitutional Amendment incorporated domestic work in the mainstream regulation, but compliance remains a major problem. Resistance to State regulation comes from the law of the household, a normative order that conceives the household as an autonomous space regulated by social norms which refuse to grant a working status to domestic work. A lack of implementation came from Labour Courts, which issued a jurisprudential interpretation that domestic work may only be conceived as an employment relationship if it is performed at least three days per week at the same household. Finally, the

precarious levels of social protection granted to domestic workers, highlight insufficient or inadequate levels of legal protection. Brazil is therefore a good example of domestic workers' struggle for legal recognition.

South Africa is another country that has not fully implemented C189 despite having ratified it. The case of *Mahlangu and South African Domestic Service and Allied Workers' Union (SADSAWU) vs. Minister of Labour and Others* (CCT306/19, ZACC 24, 2020) arose after a domestic worker had drowned in a swimming pool, resulting in her family's loss of financial support on the death of their breadwinner. The late Ms. Mahlangu's daughter had failed to claim compensation in terms of the Compensation for Occupational Injuries and Diseases (COID) Act n. 130 of 1993 because Section 1(xix)(v) of that Act prohibited domestic workers from registering with the Compensation Fund. With support from SADSAWU, she applied to the courts for an order striking down this provision. Drawing on international and regional human rights instruments including the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR), the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW), the Southern African Development Community (SADC) Charter of Fundamental Rights and in South Africa's Constitution, the Constitutional Court held that the denial of domestic workers' access to this benefit violated their rights to social protection, to equality and to dignity. The Court held that the exclusion of domestic workers was irrational and could not be justified in an open and democratic society. The Court's order applies retrospectively meaning that Section 1(xix)(v) of the COID Act was invalid from the time that the Constitution came into force. This means that domestic workers or their families can potentially claim benefits for occupational injuries and diseases arising at any time after the Constitution's effective date in 1993.

C189 is also being implemented in countries that have not ratified it. Some countries only ratify a convention after bringing the national laws in line with that convention. ILO can ask these member countries to report and explain why they have not ratified. These countries can ratify C189 later, as part of the process of applying the standard. Uganda's government has committed to ratifying C189. The Government has decided to align the laws with the Convention before ratifying it. The Ministry of Labour is reviewing the occupational health and safety law, which does not protect domestic workers. It is also developing a minimum wage law, which will include domestic workers. The government is also proposing to amend the National Social Security Fund Act to extend

social security provision to workers who are currently excluded. The Uganda Hotels, Food, Tourism, Supermarkets and Allied Workers Union (UFTAWU) has been involved in the process and has been demanding that the revised laws should protect domestic workers.

Countries may decide not to ratify a certain convention, but may still bring their laws into line with the convention. In such countries, the convention provides guidelines to shape laws and policy. The Government of Zimbabwe has decided that it will not ratify C189 at this time, but has committed to reforming the Domestic Workers' Employment Regulations in line with C189. The Zimbabwe Domestic and Allied Workers' Union is working with the Ministry of Labour to regulate migrant domestic work and to provide for social protection and the privacy of live-in domestic workers. The union and government have agreed that they will monitor compliance with the regulations after they are revised. The government will then reconsider its position on ratification.

4. PROBLEMATIZING NON-STANDARD WORKERS

While fordist production methods have tailored the paradigmatic employment contract, more flexible production methods (referred to as toyotism) have favored the growth of non-standard employment, which has also been encouraged by multiple government economic policies that bet on contract diversity to increase positive results on employment rates. As a matter of fact, over recent years, part-time work, temporary work, fixed-term contracting and subcontracting, self-employment, and homework have indeed become more common and have contributed to a real labor contract balkanization. Although such contract diversity may not be inherently negative, it has contributed to a scenario tainted by non-standard, contingent, precarious or fissured work. In this fragmented reality, identifying an employer or who is responsible for what in a labor relationship has become a much more complex task that brings incertitude to the labor market.

Nevertheless the changing environment, labor regulation remains attached to the paradigmatic employment contract, a juridical configuration generally associated with the employment relationship which has been object of ILO Recommendation 198 (2006). R198 recognizes the challenges of establishing the existence of an employment relationship in situations where the parties' respective rights and obligations are not clear, where there has been an attempt

to disguise the employment relationship, or where there are inadequacies or limitations in the legal framework, or in its interpretation or application. Furthermore, it recognizes that contractual arrangements can deprive workers of legal protection; and that such protection should be accessible to all, particularly vulnerable workers. As addressing the uncertainties of the employment relationship could promote fair competition and effective protection of workers, R198 provides guidance on establishing who is considered a worker in an employment relationship, what rights the worker has, and who the employer is.

Determination of the existence of an employment relationship should be guided primarily by the facts relating to the performance of work and the remuneration of the worker, notwithstanding how the relationship is characterized in any contrary arrangement that the parties may have agreed to. As judicial doctrine explains, this relates to the primacy of reality principle, which states that facts are to prevail over juridical forms. Today's economic realities may have modified labor conditions stimulating non-standard, contingent, precarious or fissured work, but primacy of reality still provides for the labor world with an empirical approach that reaffirms labor law importance. R198 recommends therefore that a legal presumption that an employment relationship exists where one or more relevant indicators are present must be forwarded to facilitate the determination of an employment relationship.

Relevant criteria for establishing the existence of an employment relationship is subordination or dependence, but also that the fact that the work is carried out according to the instructions and under the control of another party; involves the integration of the worker in the organization of the enterprise; is performed solely or mainly for the benefit of another person; must be carried out personally by the worker; is carried out within specific working hours or at a workplace specified or agreed by the party requesting the work; is of a particular duration and has a certain continuity; requires the worker's availability; involves the provision of tools, materials and machinery by the party requesting the work; and includes periodic payment of remuneration to the worker. These circumstances indicate that an employment relationship is *intuitu personae* and involves continuity and remuneration. Recognizing the existence of an employment relationship is extremely important as it engages the parties in a legal frame that assures protection, another fundamental labor law principle. Accordingly, R198 exhorts State members to formulate and apply a national

policy to guarantee effective protection for workers who perform work in the context of an employment relationship.

As the employment relationship based on its paradigmatic unlimited term employment contract remains at the core of labor law, employees and employers emerge as two collective identities that define individual possibilities of social integration: the closest a worker is to the formal order and to a classical employment contract, the greater are his/her possibilities for social integration, while the risks of social exclusion are directly intensified by the distance workers stand from the formal order. This exclusion framework is strongly present in Latin American societies, where informality has always reached extremely high levels. Additionally, this traditional form of exclusion, whose presence is further reinforced by underemployment and low incomes, seems to expand with the appearance of new forms of exclusion: open unemployment, atypical occupations and precarious conditions and labour relations. Accordingly, a perverse exclusion deriving from the degrading job quality or just job absence overflows the labor market and unfortunately reaches the political level as such circumstances reduce unemployed and informal workers capabilities to exercise citizenship.

Indeed, labour insertion sets up the possibilities for exercising a plenty citizenship. Labour has historically functioned as a central element in identity construction and, consequently, as a central factor in guiding actions of participation in the life of the city and of the political community. Labour historical form, in modernity, is the employment relationship. Providing conditions for accessing a profession or economic activity constitutes the privileged way for participation at the city. Without these conditions, we move away from the city and the *polis* it constitutes. Employment relationship has contributed to the constitution of a wage society that promoted polity integration. In fact, citizenship and formal work overlap producing cleavages and differences in form and content of social actors' citizen actions. As non-standard workers increase, this societal arrangement becomes more fragile.

Non-standard workers are growingly present at digital labour platforms which are an important part of a rising digital economy. Essentially, they function as an intermediary to allocate workers who earn their income on a task basis. Platform workers are solely entitled to a yes or no answer to a task allocation as they are incapable of fixing their price. As a matter of fact, rules of platform governance are exclusively set by digital labour platforms who argue

that their relation with platform workers is of a consumer nature instead of an employment relationship. In other words, as they claim, technology – and not intermediating labour – is their business. Controversy over workers statute was already all over when digital labour platforms gained greater importance due to the Covid-19 pandemic. Indeed, social distance increased its use, but labour supply, which seemed to be already excessive, also enlarged placing substantial downward pressure on earnings.

Disputes over platform workers' juridical statute seem to point to three different solutions. Two of them reproduce the classical binary classification: employee or non-employee (in case, self-employed). While the employee statute would be extracted from the employment relationship characteristics, especially from an algorithmic subordination, the non-employee circumstance would derive from the classification of their relation as consumerist. A mitigated solution lies in the recognition of a different worker statute, which grants lesser rights, but does not leave workers totally excluded from labour regulation. Courts all over have been called upon to decide which of these three solutions should be applied and innumerous judicial decisions endorsing all three of them can easily be tracked. Meanwhile, platform workers remain dealing with faceless task commands (or bosses).

There is a subjacent discussion to such controversy which is the use society wants for technology. Similarly to the way we once spoke of globalization and its impact on national economies and employment, technology is being presented as a disruptive process that will reshape the labour market and the way we think of work. Yet, there is nothing inherently disruptive in technology and it all comes down to the choices we make as a society. How do we want to share prosperity is a central question that we should answer as a global community that fosters Human Rights and decent work as fundamental aspects of our life.

5. COVID-19: IMPACT ON NON-STANDARD AND INFORMAL WORKERS

This section considers how Covid-19 has affected the work and livelihoods of non-standard and informal workers with a special consideration of domestic workers and street vendors. These workers have been affected in three broad ways. First, informal workers have experienced loss of income during the pandemic. Vulnerable workers who often lead a hand-to-mouth existence and whose work does not afford the luxury of remote working, many workers have been

faced with a difficult dilemma: to go out to work and earn a living while risking infection; or to stay at home to avoid infection while risking starvation. Second, national Covid-19 responses have largely failed to recognize non-standard and informal workers as workers, failing to address their specific circumstances and needs, particularly in relation to social protection, occupational health and safety and worker consultation or collective bargaining. Third, non-standard and informal workers faced discrimination at the hands of employers, customers and governments. The impact on the two sectors – domestic workers and street vendors – is indicated below.

Most countries did not recognize domestic workers as essential workers. This meant that live-out domestic workers were prohibited from commuting to and from work. Live-in workers were often forced to stay in their employers' house and could not leave the workplace or visit family and friends during the lockdowns. Many employers suspended or terminated domestic workers' services, often without pay for fear of infection or because they were unable to pay domestic workers due to job or income loss. Some domestic workers who continued to work reported the intensification of their work, an increase in tasks and reduced wages during the pandemic.

Domestic workers in most countries are not registered for unemployment insurance or for workers' compensation. They were therefore unable to claim benefits for loss of income as a result of the suspension of work, job or income loss and occupationally acquired Covid-19. South Africa proved to be an exception by allowing employees who were not previously registered with the Unemployment Insurance Fund to receive unemployment benefits for job and income loss as a result of Covid-19. Most national Covid-19 stimulus programs that aimed to enable employers to retain their employees were targeted at registered companies and excluded employers in private households. Only a few countries – especially in Latin America – expressly included domestic workers amongst targeted beneficiaries of special Covid-19 relief, leaving domestic workers in most developing countries to seek relief that was provided to citizens and residents in general.

Domestic workers are often excluded from occupational health and safety protection, either in law or in fact. The Covid-19 pandemic exposed domestic workers to Covid-19 infection due to the intimate nature of the work, which requires the workers to be in proximity to their employers, to take care of the

sick, and to clean clothing, bedding and surfaces that may be contaminated. Covid-19 response laws and regulations relating to health and safety and the prevention of the spread of the disease in the workplace (e.g. employers' responsibilities in relation to disinfection, provision of PPE, isolation of exposed or infected workers, and access to testing) were largely targeted at the public sector and commercial workplaces. Domestic workers in many countries reported that their employers did not provide them with PPE, and required them to clean and disinfect certain spaces such as toilets multiple times a day. They also reported having little control over the entry of guests and the observance of physical distancing protocols in the home.

Turning to street vending, several developing countries expressly recognized informal food vending as an essential service or implicitly allowed them to continue their work during lockdowns. Some countries prohibited this activity on the grounds that street vendors would spread the virus or be difficult to monitor for compliance with physical distancing and other regulations. Even where street vending was expressly recognized or implicitly allowed, some street vendors were unable to trade because police or local authorities evicted them from their trading areas or because they were unable to obtain the necessary permits or documents to trade. Restrictions on public transport also made it difficult for them to commute to work. Street vendors' incomes declined because of limited foot traffic, restricted working hours and reduced consumer demand. Their profit margins were also reduced by increased prices due to supply chain disruptions.

In many countries, street vendors who were unable to work could not rely on social insurance for unemployment, which often excludes self-employed workers who do not have an employer. Street vendors in most countries also did not qualify for stimulus measures including grants and tax relief, which were largely designed for registered companies as opposed to self-employed workers. A few countries – the majority being in Latin America, including Argentina, Brazil, Chile, Guatemala, Panama, Paraguay and Peru – established cash relief grants specifically for self-employed workers or street vendors. South Africa introduced the Social Relief of Distress benefit, which was targeted at workers who could not access existing social insurance or social assistance benefits, including self-employed workers. One economic measure that was especially designed for street vendors was the waiver of informal trading fees. Local authorities in a few countries including Guatemala, Colombia, Uruguay, Panama and Peru waived or lowered the fees for working on public and/or market space. In South Africa,

the President announced a nationwide waiver of street vending fees until the end of 2022.

Occupational health and safety laws are designed to protect employees by requiring employers to take measures to ensure a healthy and safe working environment and safe work processes. These laws exclude self-employed workers because they do not have a notional employer who can assume responsibility for and incur the costs of health and safety measures. Covid-19 laws on conventional occupational health and safety mirrored existing Occupational Health and Safety (OHS) laws that require employers to assume responsibility. In addition, several countries introduced provisions to regulate health and safety measures in relation to street vending, particularly in markets. These included screening procedures such as temperature checks at market entrances, social distancing protocols, mask mandates, cleansing, disinfection and hand-washing protocols. Very few regulations specified who would be responsible for the health and safety requirements, including the provision of masks, water and disinfectant materials, implying that street vendors must bear the costs.

The laws in Gambia, Ghana, Malawi, Mali, Namibia, South Africa and South Sudan, Djibouti, Zimbabwe and recent guidelines in Nigeria impose this burden on ministries, local authorities or the owners or managers of markets. Lesotho's regulations require the government to clean and disinfect public places, which would arguably include markets and other trading areas. The Malawian provisions further require market supervisors to take special precautions in managing waste and waste bins in markets. The Gambian regulations require local councils, market managers and "stakeholders" to provide sanitary facilities, suggesting that this was a shared responsibility. In some countries, this work has been driven by civic initiatives. In Eritrea, youth volunteers organized the disinfection and spraying of some markets in collaboration with the Ministry of Health.

6. CONCLUSION: A DEBATE FOR THE FUTURE

As indicated in the introductory lines of context, this report was supposed to be a collective effort that suffered from the pandemic restrictions. It was impossible to carry out the intended public discussion that we dreamed of in the first months following the assignment we received. We probably could do better, but we ended up drafting this text out of our personal experiences and

views. It is true that we managed to fulfill the task, but the desired debate is still waiting to be done and we hope this report will contribute to deepen the discussion. Our contribution can be summarized in eight general conclusions:

A. Labour has been up to now society's main pillar for social solidarity allowing for younger generations to finance older ones. Labour is not merchandise and has to be valued to deepen social ties and welfare. Labour connects people and enhances citizenship. Labour is a cornerstone to society that has to be value and praised for the improvements it brings to life. Labour is after all essential.

B. Labour has been legally framed by a paradigmatic employment contract, which paradoxically remains structuring our legal reasoning despite its erosion due to a lack of integration of informality and the growing circumstance of non-standard employment. Rethinking informality and disconnecting it from illegality seems to be a necessary step to be taken to change the increasing precariousness of the labour market.

C. Informality is to be detached from illegality and examined through legal pluralistic lens. Informality is part of social behavior and is to be apprehended for what it is: a way of doing things that may be differently legally framed to improve life conditions. Organizing informality may definitely contribute to improving decent work.

D. Domestic work is deeply touched by informality and embraces strongly intersectionality. Domestic work embraces gender, race and class issues that are urgently to be confronted by inclusive public policies. C189 has contributed to an overall improvement on domestic work, but much is still to be done to bring a better protection for domestic workers.

E. Precariousness is growing everywhere and the binary decoding inscribed in the legal framework just reinforces an in/out perspective. Reinventing the legal framework seems to be necessary to prevent workers from falling in a non-uniform pendulum movement between formality and informality, i.e., a long informality interrupted by short periods of formality. Displacing the question may be a good strategy to rethink labour: is it just about regulating labour or building new forms of social solidarity?

F. Technology is not inherently good or evil, nor disruptive or soothing. Technology is reshaping the way we work and live, but the outcome of this process is not pre-established: it is a choice that we make as a society. Technology can improve job quality, contribute to social inclusion and make life better for all. Technology does not necessarily contribute to increase social inequality. It is a political societal decision and we are all accountable for it.

G. Pandemic circumstances had a major impact on labour and forced us to revisit solidarity meanings. Covid-19 has affected labour around the world and introduced limitations that had a major impact on the future of labour. National responses to the pandemic have tried to maintain employment rates and have contributed to maintain social solidarity. Examining legal responses and public policies is a must to assure that precariousness does not become the social trend for labour.

H. ILO standards set up important guidelines for labour around the world and need to be better integrated in national scenarios. As a matter of fact, ILO standards contribute to better shaping national policies and set out a legal frame that accounts for the essentiality of labour. ILO standards and the recognition of labour fundamental rights are an important tool to increase labour quality and to achieve the goals established by the 2030 Agenda.

Here we stand: eight general conclusions and a strong will to keep working to improve labour and to make the world a better place for all. Our lives depend on our societal choices and it is about time to realize that we all contribute to them. May we live long and prosper to see it all become real for each and every one, may one be an employee or not.

IGUALDAD EN EL TRABAJO

EQUALITY AT WORK

LA IGUALDAD EN EL TRABAJO*

MARÍA LUISA MOLERO MARAÑÓN

Catedrática de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Universidad Rey Juan Carlos (Madrid, España). Es autora de varias monografías y ha dirigido distintas obras colectivas, siendo autora de más de 100 estudios en revistas científicas y libros colectivos de dicha especialidad. Sus líneas de investigación más recientes son las referidas a las políticas públicas relativas a las personas en situación de dependencia, la acciones en el avance de la igualdad de género, y de modo particular las labores de cuidados y la conciliación de responsabilidades, los procesos de reestructuración empresarial (despido colectivo), y las relaciones triangulares. Ha participado numerosos Proyectos de Investigación financiados por instituciones públicas y privadas.

* Este estudio se realiza dentro del marco del Proyecto de Investigación RTI2018-095398-B-100 sobre "Ser Mujer en el Mercado de Trabajo", cuya investigadora principal es María Luisa Molero Marañón.

SUMARIO.- I. El alcance jurídico de la igualdad en el trabajo: 1.1. La dimensión transversal del derecho a la igualdad y la no discriminación. 1.2. La prolífica normativa internacional sobre el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación en el trabajo. 1.3.- La limitada protección del derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación en el trabajo en el contexto internacional II.- El impacto de la pandemia en la igualdad en el trabajo.- 2.1. La intensificación de la desigualdad a raíz de la crisis sanitaria: empleo y colectivos más afectados 2.2. Una especial referencia a la gravedad del retroceso en igualdad de género: 2.2.1. La desigual repercusión en el empleo femenino por la distribución desequilibrada en el trabajo de cuidados: Una oportunidad para su replanteamiento 2.2.2. Segregación ocupacional, dificultad de la promoción profesional y falta de liderazgo femenino 2.2.3. El aumento de la violencia en el trabajo III.- La aceleración de la digitalización en la organización del trabajo como factor que ahonda en la brecha de desigualdad.

I. EL ALCANCE JURÍDICO DE LA IGUALDAD EN EL TRABAJO

1.1. La dimensión transversal del derecho a la igualdad y la no discriminación.

La igualdad en el trabajo constituye una manifestación específica del principio más amplio de igualdad de carácter básico y fundamental recogido en las Declaraciones y pactos internacionales desde hace ya más de dos siglos, y en la mayoría de las Constituciones modernas[1]. Su tratamiento en el marco de las relaciones laborales se reconoce de forma generalizada como un derecho a la igualdad y a la no discriminación, cuya normativa de referencia es absolutamente desbordante, constituyendo un *derecho universal vinculado a la dignidad personal.*

1 Art. 1º de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, adoptada por la Asamblea Nacional constituyente el 26 de agosto de 1789 ya proclamaría que "les hommes naissent et demurent libres et egaux en droits", y el art. 1º de la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas en el mismo lugar, en París, más de siglo y medio después, el 10 de diciembre de 1948, se reprodujo la fórmula de que "todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos (…)". Asimismo, la sección 1ª de la Enmienda XIV de la Constitución norteamericana fijó que ningún Estado podrá negar "a cualquier persona que se encuentre dentro de sus límites jurisdiccionales la protección de las leyes iguales para todos" (Equal protection clause), configurándose la jurisprudencia de revisar las justificaciones de las diferenciaciones introducidas por las leyes, puesto que rige un mandato al legislador de no establecer diferenciaciones, distinciones o preferencias injustificadas o arbitrarias (Wolf, Ch., *La transformación de la interpretación constitucional*, Madrid (Civitas), 1991).

A este respecto, y en atención al ámbito Mundial del Congreso, es preciso tener en cuenta que salvo excepción, nuestro objeto de estudio será fundamentalmente dicha ordenación internacional, sin perjuicio de reseñar que la amplitud de esta materia permite abordar su tratamiento, tanto desde una dimensión supranacional, como desde una perspectiva nacional o interna. No obstante, es preciso apuntar desde un principio que nuestro informe limita su análisis a una dimensión que escapa con carácter general de formulaciones de derecho interno que desbordarían un estudio de esta naturaleza. Y ello es así, pese a reconocer que la configuración vigente de este derecho es el resultado de un largo proceso de propuestas normativas de muy diverso signo, en el que se integran ambas tipologías de aportaciones, interpretaciones aplicativas, así como elaboraciones teóricas, que han contribuido a su fisonomía actual[2]. Por ello, y como presupuesto de partida con el fin de delimitar su alcance general resulta obligado realizar un breve recorrido sobre las disposiciones más relevantes a nivel internacional, prestando especial atención al marco de la Unión Europea donde ha recibido a lo largo del tiempo un desarrollo muy consolidado.

Desde una primera perspectiva, en su origen el reconocimiento del principio de igualdad implicará, de una parte, un mandato dirigido a los poderes públicos que conllevará que las leyes laborales no podrán establecer desigualdades de trato no fundadas en causas objetivas o razonables (igualdad en/ante la ley), y de otra, una prohibición que impedirá establecer diferencias o distinciones personales en su aplicación que no estén contempladas en la misma, no respetándose así el tratamiento igual de los iguales (igualdad en la aplicación de la ley). Con la evolución del tiempo, dicho principio de igualdad conducirá como postulado ineludible a *la prohibición de discriminación* que se encontrará contenida en la mayoría de los ordenamientos positivos que de una u otra forma pretenden combatir las distintas formas de discriminación laboral.

De esta forma, se configurará el derecho a no sufrir discriminación, acuñándose en los distintos instrumentos internacionales toda una serie de causas de discriminación prohibidas, cuyo contenido ira enriqueciéndose de manera progresiva. Asimismo, y según el artículo 14 de la Convenio Europeo de Derechos Humanos, titulado, "prohibición de discriminación", "el goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción

2 Vid. al respecto, VALDES DAL-RE, F., "Del principio de igualdad formal al derecho material de no discriminación", en *Igualdad de género y relaciones laborales*, Madrid (MTI y FUNDACIÓN FRANCISCO LARGO CABALLERO), 2008, p. 7.

alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación". Ello no legitima la prohibición de toda distinción de trato, sino como indicará de forma constante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, "sólo aquellas que son arbitrarias" (entre otras, SSTEDH 16 diciembre 1997, asunto Eglise Catholique de la Canée c Grece y 27 marzo 1998, asunto Petrovic c. Autriche). Asimismo, en la Carta Social Europea revisada (1996), se proclamará "el derecho a la igualdad de oportunidades y de trato entre los trabajadores de ambos sexos que tengan responsabilidades familiares y entre éstos y los demás trabajadores" (art. 27), y en el artículo 21.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión se dispondrá, la prohibición de discriminación, "por razón de discapacidad, edad u orientación sexual", que ampliara la lista de factores de discriminación prohibidos. Como es sabido, esta Carta de Derechos Fundamentales refuerza, tras el Tratado de Lisboa de 2007, el nivel de protección contra la discriminación previsto con alcance general en los artículos 2 del Tratado de la Unión Europea (TUE), y en los artículos 10 y 19 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

A día de hoy, existe un consenso generalizado sobre toda una relación de factores de discriminación, relativos a la edad, discapacidad, sexo, origen (racial o étnico), estado civil, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, cuya distinción provoca *a priori* que la diferencia de trato resulte injustificada, tanto si se trata de una *discriminación directa como indirecta*, en función del resultado que produce. En este sentido, la aprobación de los Convenios nº 111 y 117 de la OIT marcan un punto de inflexión en la consolidación del nuevo concepto de no discriminación, que llega hasta nuestros días, acuñando la noción de discriminación indirecta que configura el concepto de conducta discriminatoria en función del resultado, obviando la valoración de la intencionalidad del agente que discrimina[3].

Por ello, y como efecto reflejo, se manifiesta un derecho de no ser perjudicado o víctima de un trato desigual peyorativo por causa de aquellos factores o circunstancias. No obstante, se admiten, o no se encuentran prohibidas, aquellas diferencias normativas, convencionales o prácticas de empresa que obedezcan a

3 Vid. art. 1 Convenio OIT nº 111 sobre la discriminación en materia de empleo y ocupación (1958) y la Recomendación nº 111 sobre discriminación en materia de empleo y ocupación (1958).

razones objetivas y razonables, o no arbitrarias que legitiman la desigualdad de trato. Por tanto, la calificación de una conducta como discriminatoria requiere la concurrencia simultánea de dos requisitos: una diferencia de trato en el ejercicio de los derechos y una falta de justificación objetiva y razonable de esa diferencia.

En efecto, resulta relativamente habitual que las situaciones de discriminación relacionadas tengan un carácter *transversal*, afectando a la entera posición social de los colectivos y grupos discriminados. Como se ha dicho con razón, la prohibición de discriminación evoca una *situación de marginación social* de ciertos colectivos que, como indico el Tribunal Constitucional español hace ya tiempo, "persigue la interdicción de determinadas diferencias, históricamente muy arraigadas, que, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, han situado a amplios sectores de la población en posiciones no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad humana" (STC 19/1989, de 31 de enero).

Desde este enfoque, la discriminación deja de ser entendida como una distinción meramente arbitraria y no objetiva, para asumir una nueva dimensión que renueva el fundamento mismo de la prohibición de discriminación. En el plano individual, toda discriminación adquiere un carácter "humillante" u "odioso" que no se concilia con el respecto debido a la dignidad humana, cuando el criterio de diferenciación esta basado en características bien biológicas (sexo, raza, edad) o de condición social de las personas discriminadas al margen de su responsabilidad, que generan en los sujetos discriminados un perjuicio, un daño o una desventaja por ellos no deseada[4]. En el plano colectivo, la discriminación coloca a determinados grupos sociales en una situación de exclusión o marginación, que les impide disfrutar de bienes y derecho como al resto de los ciudadanos. De este modo, el derecho antidiscriminatorio conecta con los valores del derecho fundamental de la igualdad y la no discriminación, relativo al respeto a la dignidad de las personas y a la instauración de un orden social justo, pese a que no todos los ordenamientos reconocen a la prohibición de discriminación el carácter de derecho fundamental de base constitucional, pero si existe unanimidad en considerarlo como uno de los fundamentos de todo orden jurídico-laboral[5]. Desde esta visión, parece claro que el campo de las relaciones

4 RODRIGUEZ-PIÑERO, M., y FERNANDEZ LOPEZ, Mª. F., *Igualdad y discriminación*, Madrid (Tecnos), 1986, p. 109.

5 Vid. en detalle VALDES DAL-RE, F., "Del principio de igualdad formal al derecho material de no discriminación", *cit.,* pp. 30 y ss.

laborales constituye uno de los escenarios en que aquellas situaciones se hacen más visibles y provocan consecuencias más sensibles para los sujetos perjudicados, condicionando no sólo su vida profesional, sino su posición social por entero.

Dicho esto, el tratamiento de la igualdad en el trabajo va más allá en su evolución, sin que baste para su materialización con la erradicación de las situaciones de discriminaciones preexistentes, reclamándose cada vez con más intensidad la ruptura de la neutralidad de las reglas jurídicas en favor de la diferenciación con el objetivo de conseguir una *igualdad real y efectiva.* Desde este enfoque, son numerosos los instrumentos normativos que amparan la presencia de *normas de acción positiva* que asignan de manera preferente a determinados grupos desfavorecidos determinadas ventajas o preferencias a través de mecanismos diversos (cuotas, reservas, preferencias etc)[6]. Así, la acción positiva se constituye como una excepción al mandato general de igualdad, cuya admisión es admitida en tanto subsista una situación patente de desventaja frente al grupo afectado, generándose, consecuentemente, una cierta tensión entre las medidas de acción positiva y el mandato de igualdad de trato normativo.

Tanto el estudio de los factores de discriminación que han ido ampliándose con el tiempo, como las causas que pueden justificar las diferencias de trato, así como las medidas de acción positiva que pueden ser promovidas, son las distintas esferas que integra la igualdad en el trabajo que titula este informe. Y así, los participantes en este grupo han optado por centrar su análisis en cualquiera de las dimensiones expuestas que tenga un interés específico en su respectivo sistema. No obstante, sí se quiere llamar la atención de que ha habido un consenso generalizado (no acordado) de prestar una especial atención a los *problemas de igualdad vinculados al género*, puesto que por su trascendencia, tanto en términos cualitativos como cuantitativos, resulta una de las prioridades de esta investigación, puesto que tanto por sí misma, como por el conjunto de factores de discriminación adicionales que la pueden o suelen acompañar (edad, raza, orientación sexual etc) es relativamente frecuente que se incurra en *situaciones de discriminación múltiple.*

6 Entre otros, artículo 23 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, art. 3 Directiva 2006/54. CRUZ VILLALON, J., "Las medidas de acción positiva", en AA.VV. (Casas Baamonde, Mª.E., y GIL ALBURQUERQUE, R., Dirs.), *Derecho social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, Madrid (Francis Lefevre), 2018, pp. 242 y ss.

Por otro lado, en esta aproximación general al alcance jurídico de la igualdad es preciso tener en cuenta la extensión material con la que opera el derecho a la igualdad y no discriminación. Por una parte, su campo de aplicación se extiende, tanto en el momento de acceso al empleo, como durante todo el desarrollo de la relación de trabajo, incidiendo el tratamiento igualitario en la plenitud de las condiciones de trabajo y empleo, así como con especial intensidad en la delicada fase de terminación del vínculo de trabajo, donde la desigualdad acarrea las consecuencias más nocivas. Por otro lado, su análisis no se puede agotar en los márgenes de la regla jurídico-laboral, estrictamente considerada, sino que dicho derecho también debe actuar en el diseño de los distintos sistemas de protección social previstos, así como en el campo de la seguridad y la salud laboral, con una vocación claramente expansiva y transversal.

Igualmente, desde el prisma subjetivo, el derecho a la igualdad juega, tanto en el empleo privado como en el público, así como en el trabajo autónomo, y debe operar también en todas aquellas relaciones de trabajo informal en su mayoría inmersas en la economía sumergida, que pueden dar lugar a trabajo infantil o forzoso o clandestino (entre otros, trabajo de cuidados, doméstico, actividad sexual, trata de seres humanos, prostitución…), que no deben quedar extramuros de su radio de acción, puesto que generalmente representan el exponente máximo de la desigualdad, marginación o esclavitud social que no puede ser obviado en el análisis sobre la igualdad en el trabajo.

Finalmente, no se puede obviar que el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación en el trabajo obliga no sólo a los poderes públicos, sino también a cualesquiera de los sujetos que actúan en el mercado de trabajo, tanto en las relaciones laborales, públicas o privadas, como individuales y colectivas, incluidas las asociaciones y representaciones profesionales de trabajadores y empresarios. Desde esta perspectiva, resulta crucial en la lucha contra la discriminación la posición que adopten los actores sociales a través de los sindicatos y asociaciones empresariales en su erradicación a través del diálogo social, la negociación colectiva, y las prácticas de empresa. En verdad, el principal sujeto activo que afecta al derecho del trabajador a no ser discriminado en la relación de trabajo es el empresario, pero desde luego no es el único, provocando actos contrarios a este derecho que proceden de una pluralidad de sujetos, entre los que mencionamos, sin ánimo exhaustivo a las administraciones públicas, agencias de empleo, sindicatos, asociaciones, y representaciones de trabajadores, etc.

1.2. La prolífica normativa internacional sobre el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación en el trabajo

Hace ya décadas que existe un cuerpo sólido de normativa internacional que hace referencia a la igualdad y a la prohibición de discriminación, así como a manifestaciones concretas que inciden de lleno en el ámbito del trabajo. El derecho de toda persona a la igualdad ante la ley y a estar protegida contra la discriminación constituye un derecho universal reconocido en la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), en el que se proclama que "todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos" (art. 2), y se reafirma el principio de la no discriminación (art. 23). Asimismo, cabe destacar su expresión en los Pactos de Naciones Unidas de Derechos civiles y políticos (arts. 3 y 26), y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 2 y 7 i)), ambos de 1966[7].

Correlativamente, la OIT en el año 1998 declara, como uno de los cuatro principios y Derechos Fundamentales en el trabajo, el relativo a la "eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación", lo que supone que todos los miembros de la organización tienen un compromiso sobre dichos derechos por su mera pertenencia a la organización, debiendo respetar, promover y hacer realidad los mismos, al margen de la firma o ratificación de los convenios suscritos al respecto[8].

Desde la óptica de la igualdad de género, igualmente es importante mencionar a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 18 de diciembre de 1979, y la Plataforma de Acción de Beijing del año 1995. De otro lado, resulta ineludible citar a la Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación

7 "Los Estados Parte en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social" (art. 2.2); "Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial: i) Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual" (art. 7 i))

8 Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento, 18 de junio de 1998, que indica cuatro vertientes integradoras del "trabajo decente": libertad sindical, trabajo forzoso, discriminación y trabajo infantil. Lista que ha sido ampliada en el año 2019 que se ha celebrado su centenario, añadiéndose la seguridad y salud en el trabajo, como principio y derecho fundamental.

racial de 1969 (art. 2), y a la Convención internacional sobre la protección de los derechos de los trabajadores migratorios y sus familiares de 1990 (art. 7), y ya inmersos en el siglo XXI, se ha de destacar la adopción de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las personas con discapacidad y su Protocolo Facultativo, aprobado en diciembre de 2006, que dedica un precepto especifico a la igualdad en el trabajo y el empleo (art. 27).

Inspirado en dichos pronunciamientos internacionales, en las distintas regiones geográficas se vuelve a proclamar como principio o derecho básico. De este modo, así se formula en el Convenio europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (art. 14), y en la Carta social Europea revisada (art. 20), así como en la Convención Americana relativa a los Derechos del Hombre sobre Derechos económicos, sociales y culturales (Protocolo de San Salvador) (arts. 3 y 7), y en la Carta africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos (art. 2)[9].

Indudablemente, en el marco de las relaciones de trabajo no se puede pasar por alto la imprescindible labor realizada por la OIT, que en esta materia ha adoptado los cruciales Convenios nº 111 y nº 117, que prohíben la discriminación en el ámbito del empleo y la ocupación, el Convenio nº 100 sobre igualdad de remuneración, el Convenio nº 156 sobre igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras: trabajadores con responsabilidades familiares, y más recientemente el Convenio nº 190 sobre la eliminación de la violencia de género y el acoso en el mundo del trabajo suscrito en el año 2019 (junto con la Recomendación nº 206).

Finalmente, en el contexto actual la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible tiene el fomento de la igualdad y la eliminación de las desigualdades presente en varios de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, como metas a alcanzar en un futuro próximo. En concreto, dicho objetivo se integra en el ODS 8º, sobre Trabajo decente y Crecimiento económico, en el ODS 10º relativo a

9 "Los Estados partes en el presente Protocolo se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social" (art. 3 Convención americana, Protocolo de San Salvador). "Todo individuo tendrá derecho al disfrute de los derechos y libertades reconocidos y garantizados en la presente Carta sin distinción de ningún tipo como raza, grupo étnico, color, sexo, lengua, religión, opinión política o de otra índole, origen social y nacional, fortuna, nacimiento u otro status (art. 2 Carta africana de los Derechos Humanos y de los pueblos).

la Reducción de las Desigualdades, y en el ODS 5º, que figura referido a Lograr la igualdad entre los géneros y empoderar a todas las mujeres y niñas, que se distingue por su carácter "transversal" en todos los ODS.

Asimismo, y *desde la perspectiva de la igualdad de género*, se ha de subrayar la labor realizada por el Consejo de Europa, que en 2012 puso en marcha su primer Programa Transversal que dio lugar a la primera Estrategia de Igualdad de Género 2014-2017 del Consejo de Europa, y cuyos logros, dificultades y retos han servido para elaborar la vigente Estrategia de Igualdad de Género 2018-2023[10]. En la nueva Estrategia, se reconoce la importancia de atajar las brechas de género que persisten en el empleo, las retribuciones, la pobreza, las pensiones y el desequilibrio en el reparto de las responsabilidades domésticas y del cuidado entre las mujeres y los hombres como factor fundamental para la independencia económica de la mujer. La independencia y el empoderamiento económicos de la mujer son requisitos indispensables para la igualdad de género y para crear una sociedad equitativa y sostenible. Desde esta perspectiva, es crucial la participación del hombre, tanto en la esfera pública como privada, para el avance de la igualdad entre ambos sexos, como socio activo en la promoción de los derechos humanos de la mujer, y como beneficiario de este tipo de políticas de igualdad.

Dentro del marco de la Unión Europea, el desarrollo del principio de igualdad y no discriminación es antiguo y prolífico, constituyendo un principio fundamental del Derecho comunitario, cuyo alcance y contenido ha ido enriqueciéndose a lo largo del tiempo, incluyéndose nuevos factores de discriminación. De conformidad con el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea (TUE), dicha organización se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, y del Estado de Derecho. Dichos principios son comunes a todos los Estados miembros, observando los derechos fundamentales, tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y en las tradiciones constitucionales comunes y propias de los Estados miembros.

10 Durante el periodo 2018-2023, la atención se centrará en seis puntos estratégicos: 1) Prevenir y luchar contra los estereotipos de género y el sexismo. 2) Prevenir y luchar contra la violencia hacia la mujer y la violencia doméstica. 3) Garantizar el acceso igualitario de la mujer a la justicia. 4) Conseguir una participación equilibrada de las mujeres y de los hombres en la toma de decisiones tanto políticas como públicas. 5) Proteger los derechos de las mujeres y las niñas migrantes, refugiadas y solicitantes de asilo. 6) Conseguir la transversalidad de género en todas las políticas y medidas.

Desde una óptica general, el Tratado de Amsterdam daría un notable impulso al reconocimiento del principio general de no discriminación en la Unión Europea, que se desarrollaría a través de dos importantes Directivas. La 2000/43/ CE, del Consejo, de 29 de junio de 2000 relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato a todas las personas, independientemente de su origen racial o étnico, y la Directiva 2000/78/ CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, teniendo por objeto luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación, definiendo la noción de discriminación directa e indirecta (art. 2).

Desde la perspectiva del principio de igualdad entre hombres y mujeres, el desarrollo de la igualdad de trato y la prohibición de discriminación entre ambos sexos en el mundo del trabajo se desarrollaría a partir del artículo 119 del Tratado de Roma, a través de diversas Directivas, y de la doctrina del Tribunal de Justicia, cuya labor en este terreno ha sido realmente decisiva. Con posterioridad, el artículo 153. 1 i) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) establece que la Unión debe apoyar y completar la acción de los Estados miembros en el ámbito de la igualdad entre hombres y mujeres, por lo que respecta a las oportunidades en el mercado laboral y al trato en el trabajo (artículos 8, 10, 19 y 157 TFUE). La igualdad entre hombres y mujeres se erige así en un principio fundamental de la Unión (art. 3.3 TUE).

Así su influencia llegará a la Carta de Derechos Fundamentales (CDF), en la que, de una parte, se prohibirá la discriminación por razón de sexo (art. 21), y de otra parte, se enunciará el principio de igualdad entre hombres y mujeres en todos los ámbitos, pero de manera especial en el ámbito del trabajo, al tener que garantizarse en materia de" empleo, trabajo y retribución" (art 23). De otro lado, la Carta apoya la legitimidad de las medidas de acción positiva, prescribiendo expresamente que el principio de igualdad no impida el mantenimiento o la adopción de medidas que ofrezcan ventajas concretas en favor del sexo menos representado (art. 23).

Y es que el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres está firmemente establecido en un amplio conjunto de normas comunitarias, entre las que es preciso destacar la Directiva 2006/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad

de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación; la Directiva 2010/41/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de julio de 2010, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma, y la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia. Finalmente, más recientemente ha sido aprobada la Directiva 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE.

Por último, el cuadro normativo no estaría completo sin hacer una breve referencia al *Pilar europeo de Derechos sociales* que dedica el capítulo I a la "Igualdad de oportunidades y de acceso al mercado de trabajo", enunciando dos disposiciones fundamentales. La primera que hace alusión a la igualdad de oportunidades, prescribiéndose que "con independencia de su género, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, toda persona tiene derecho a la igualdad de trato y de oportunidades en relación con el empleo, la protección social, la educación y el acceso a bienes y servicios a disposición del público. Deberá fomentarse la igualdad de oportunidades de los grupos infrarrepresentados". Y la segunda relativa a la igualdad de género, prescribiéndose que la igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres debe garantizarse y fomentarse en todos los ámbitos, también en relación con la participación en el mercado laboral, las condiciones de trabajo y de empleo y la progresión de la carrera. Expresamente, se señala que las mujeres y los hombres tienen derecho a la igualdad de retribución para un trabajo de igual valor.

Finalmente, en el año 2020 en el que se conmemora el 25.º aniversario de la adopción de la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing de 1995, se ha adoptado la Estrategia Europea 2020 a 2025 para la Igualdad de Género que articula el trabajo de la Comisión Europea en materia de igualdad entre hombres y mujeres y establece los objetivos estratégicos y las acciones clave para el período 2020-2025[11]. En concreto, se enuncian como *objetivos fundamentales*, poner fin a la violencia de género, combatir los estereotipos

11 Al respecto, en detalle, RAMOS QUINTANA, M., Dir., *La Estrategia Europea 2020-2025. Un estudio multidisciplinar*, Albacete (Bomarzo), 2021.

de género, remediar las brechas de género en el mercado de trabajo, de modo particular las que afectan a las retribuciones y a las pensiones entre hombres y mujeres, lograr la participación en pie de igualdad en los distintos sectores de la economía, reducir la brecha de género en las responsabilidades de cuidado y alcanzar el equilibrio entre mujeres y hombres en la toma de decisiones y la actividad política. Con el fin de lograr dichos objetivos, la Estrategia adopta un planteamiento dual de integración de la perspectiva de género combinada con actuaciones específicas, descansando en la interseccionalidad como principio horizontal para su aplicación. Aunque la Estrategia se centra en la actuación en el seno de la UE, se concibe como una guía estratégica que ha de orientar la política exterior de la UE en materia de igualdad de género y empoderamiento de las mujeres.

1.3. La limitada protección del derecho a la igualdad en el trabajo y prohibición de discriminación en el contexto internacional

Diagnosticar la lesión del derecho y su alcance en tantas y diferentes manifestaciones como reviste el derecho a la igualdad y no discriminación es una de las principales funciones que ostenta el intérprete y los operadores jurídicos. Desde nuestro enfoque, resulta especialmente relevante analizar el conjunto de instrumentos de tutela existentes a nivel internacional frente a los comportamientos discriminatorios en las relaciones de trabajo. Y ello es así, pese a que se ha de llamar la atención, desde un principio, sobre que la protección del derecho a la igualdad y a la no discriminación se atribuye de forma predominante a los Estados internamente, a través de los tribunales y de la administración de trabajo, articulándose en los países más avanzados técnicas procesales que facilitan la acreditación de los comportamientos discriminatorios velados, que permiten una reacción efectiva frente a la violación de este derecho[12].

Desde esta perspectiva, se ha de hacer notar que pese a la innumerable presencia de normas de ámbito internacional relacionadas, existe una falta de instrumentos transnacionales para la protección de la igualdad y la erradicación de la discriminación, pese a que la globalización de la economía y de los mercados, la digitalización, y las nuevas fórmulas de organización empresarial están provocando que las relaciones de trabajo rebasen cada vez con mayor

12 Vid. en detalle, CUCARELLA GALLIANA, L.A., *Derecho a la igualdad, prohibición de discriminación y jurisdicción*, Madrid (Wolters Kluwer-La Ley), 2019.

frecuencia las fronteras nacionales. En suma, en el mercado de trabajo del siglo XXI, la transgresión del derecho a la igualdad no es infrecuente que se produzca entre sujetos procedentes de distintos países derivado de la generalización de los movimientos migratorios, regulares e irregulares, -empleo doméstico, trata de mujeres, etc-, y de la implicación de agentes de base transnacional en el que operan empresas multinacionales o transfronterizas que de forma directa o a través de procesos de deslocalización reclaman medios de tutela que rebasen el territorio interno[13]. Sin embargo, la realidad es que en el marco internacional, y salvo excepciones en determinadas regiones, las instancias a las que se puede recurrir son más de naturaleza informativa o consultiva que de corte judicial[14].

Como se sabe, el Comité de Derechos Humanos creado en el marco del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, recibe los informes periódicos de los Estados parte sobre la manera en que se ejercitan y garantizan los derechos. Además del procedimiento de presentación de informes, el artículo 41 del Pacto prevé que el Comite pueda examinar denuncias entre los Estados que hayan aceptado tal mecanismo de control, mientras que el Primer Protocolo Facultativo del Pacto otorga al Comité competencia para examinar las denuncias de los particulares en relación con supuestas violaciones del Pacto cometidas por los Estados parte en el Protocolo. Asimismo, el Comité de Derechos Económicos, sociales y culturales supervisa la aplicación del Pacto Internacional de Derechos económicos y sociales y culturales por los estados parte. A dicho comité se le han de presentar informes periódicos, y desde el Protocolo facultativos del Pacto internacional que entro en vigor en 2013, se permite la posibilidad de, a través de comunicaciones, realizar denuncias de violaciones de derechos, y examinar e investigar denuncias entre estados. En cualquier caso, ambos son órganos de naturaleza más política, y no jurisdiccional.

Ni tan siquiera la OIT y las decisiones de sus órganos de control son exigibles por sí mismas, al modo de los pronunciamientos judiciales, ni imponiéndose sanciones a un país, reposando el funcionamiento del entero sistema de la OIT

13 Reinvidicandose un Derecho internacional del Trabajo que supere las fronteras nacionales, conforme apuntaría ya N. VALTICOS, en *Derecho Internacional del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 1977, p. 27. En detalle, sobre las cadenas mundiales de producción y la crisis de los sistemas tradicionales de construcción del Derecho del Trabajo, SANGUINETTI RAYMOND, W., s cadenas mundiales de producción y la construcción de un Derecho del Trabajo sin fronteras", Ponencia inaugural del XXIX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social sobre "El futuro del trabajo: cien años de la OIT" (Salamanca, 30 y 31 de mayo de 2019).

14 A. SUPIOT, "¿Qué justicia social internacional en el siglo XXI?", Laborem, 2016, núm. 18, p. 40.

en última instancia sobre el compromiso de los Estados, que son los llamados, tanto a expresar su adhesión a los convenios internacionales mediante un acto expreso de ratificación, como a imponer su cumplimiento en su territorio a través de medidas legislativas, administrativas y judiciales[15]. La OIT no dispone ni de un tribunal, ni de un sistema de sanciones comparable al de la OMC, que permita obligar a los Estados a tomar en serio sus responsabilidades sociales[16].

Peor aún, su sistema de supervisión de las normas internacionales del trabajo atraviesa una crisis sin precedentes. Desde 2012, la organización internacional de empleadores niega a la Comisión de expertos en aplicación de Convenios y Recomendaciones todo poder de interpretación de los convenios de los que ella controla su aplicación*. Es exacto que a pesar de la calidad de sus miembros y del rigor de sus procedimientos, esta Comisión no es una jurisdicción. Y es que realmente, la OIT no dispone de más medios que su "capacidad de persuasión" para hacer posible el cumplimiento de su programa normativo, siendo ordinariamente a través de "la acción combinada de la diplomacia y los incentivos esencialmente morales" como sus órganos de control tratan de hacer cumplir las normas internacionales cuando se presentan dificultades[17]. En conclusión, dicha desprotección pone al descubierto la necesidad de una nueva manera de concebir la protección de los derechos humanos sociales dentro del espacio global, que revela la insuficiencia de las tradicionales fórmulas de construcción del Derecho del Trabajo, que siguen residenciadas en unas relaciones de trabajo que no se han actualizado con los nuevos agentes en un mercado mucho más universalizado. A día de hoy, no se disponen de órganos de control y de garantía para reaccionar de forma efectiva frente a las violaciones del derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación en el espacio transnacional.

Y es que lo que resulta más habitual en el espectro internacional es la creación de Comités constituidos al amparo de tratados internacionales de derechos

15 Al margen de Comisiones en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, y de la Comisión de la Aplicación de las normas de la Conferencia que se dirigen a los estados, el procedimiento de reclamación se rige por los artículos 24 y 25 de la Constitución de la OIT. Este procedimiento garantiza a las organizaciones profesionales de empleadores y de trabajadores, el derecho de presentar al Consejo de Administración de la OIT, una reclamación contra cualquier Estado miembro que, en su opinión, "no ha adoptado medidas para el cumplimiento satisfactorio, dentro de su jurisdicción de un convenio en el que dicho miembro sea parte".

16 SUPIOT, A., ¿Qué justicia social internacional en el siglo XXI?, *cit.,* p. 12.

17 J.-M. SERVAIS, "Les normes de l'OIT au XXI siècle: légitimité et effectivité", en I. DAUGAREILH (Dir.), La responsabilitè sociale de l'entreprise, vecteur d'un droit de la mondialisation?, Bruylant, Bruselas, 2017

humanos de carácter universal, como, entre otros, el Comité para la Eliminación de la Discriminación racial; el Comité de Derechos Humanos relacionado; el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la mujer o el Comité sobre los Derechos de las personas con Discapacidad. Estos órganos emiten resoluciones, pronunciamientos que se denominan, "observaciones", "recomendaciones", "conclusiones", etc, cuya naturaleza es muy variada en atención a las disposiciones del tratado correspondiente, pero que en general constituyen resoluciones o pronunciamientos no jurídicamente vinculantes, configurando el denominado "soft law", tan frecuente en este escenario, que conduce a que el Derecho no actúe con la fuerza normativa que se requiere ante la violación de un derecho de esta naturaleza que integra el catálogo de los Derechos Humanos[18].

En las distintas regiones, podemos encontrar iniciativas más coercitivas, en las que se dan mecanismos más eficaces ante la vulneración de este derecho, configurando una *protección multinivel de los derechos laborales fundamentales en su calidad de derechos humanos,* como el previsto para la Organización de Estados Americanos (OEA) a través del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos (art. 26), y el más reciente Sistema Africano de Protección de Derechos Humanos y de los Pueblos que interviene en el ámbito de la Unión Africana[19]. Centrándonos por razones de espacio en el espacio europeo, ha resultado fundamental la jurisprudencia elaborada con carácter general por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) que en nuestro caso se activa ante la transgresión de la prohibición de la esclavitud y el trabajo forzado (art. 4), o a la prohibición de discriminación (art. 14), y que se extiende de forma transversal al reconocimiento de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades fundamentales, y en particular al Protocolo nº 12 relativo a la prohibición general de discriminación[20].

Asimismo, el incumplimiento de los derechos sociales de la Carta social europea revisada (1961) y la ratificación del tercer Protocolo adicional, posibilita

18 JIMENEZ GARCIA, F., *Derecho internacional líquido: ¿Efectividad frente a legitimidad?*, Pamplona (Thomson Reuters-Aranzadi), 2021, pp. 84-85.

19 Vid. para la región americana ARETA MARTINEZ, M., "La promoción y defensa de los derechos laborales en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos", *Revista de Estudios Latinoamericanos de Relaciones Laborales y Protección social* (2018), nº 6, pp. 25 y ss.

20 Para la región europea, vease BURGORGUE-LARSEN, L., "La formación de un derecho constitucional europeo a través del dialogo judicial" en FERRER MAC-GREGOR, E., y HERRERA GARCIA, A., *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos. Entre tribunales constitucionales y cortes Internacionales. In Memoriam de Jorge Carpizo*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2013, pp. 157 y ss.

las "reclamaciones colectivas" ante el Comité Europeo de Derechos sociales, de los países pertenecientes al Consejo de Europa, promoviendo la participación de las organizaciones sindicales, de empleadores y no gubernamentales, con el objetivo de reforzar la aplicación efectiva de los derechos sociales, incluido el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación (art. 4, 20, parte V. art. E), sin que pueda eso sí, admitirse reclamaciones en nombre de particulares por conductas contrarias a la Carta. A este respecto, se ha dicho que la Carta social revisada ha contribuido sin duda a reforzar y a actualizar en términos razonablemente aceptables los derechos económicos y sociales de los trabajadores, pero se echa en falta, como en su día recomendó la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, un auténtico órgano de garantía, como seria la creación de un Tribunal Europeo de Derechos sociales que por razones políticas fue rechazado por el Comité de Ministros[21]. En todo caso, es importante subrayar que la doctrina elaborada por el Comité Europeo de Derechos Sociales ha logrado tener una visibilidad y un respeto notorio, e influir tanto internacionalmente, como en la jurisprudencia nacional de los países europeos, con la limitación de versar fundamentalmente en reclamaciones colectivas[22].

Finalmente, el cuadro no estaría completo, sino no se aludiera en el espectro europeo a la intervención del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), que resulta un canal privilegiado de control de cumplimiento por parte de los Estados de la Unión Europea de sus deberes de trasposición de las Directivas, y de interpretación de la normativa de la Unión, y de las propias legislaciones nacionales de trasposición. Indudablemente, en este ámbito material se ha destacar la importante labor realizada por el TJUE en materia de igualdad y no discriminación, y de modo particular, en materia de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el trabajo, que ha hecho sin duda avanzar a los países de la Unión en este crucial terreno de la igualdad, configurándose el espacio europeo en un ámbito privilegiado de protección frente a este derecho y de lucha frente a las discriminaciones en el trabajo.

21 Recomendación 1354 (1998) sobre el futuro de la Carta Social Europea.

22 VALDES DAL-RE, F., *El constitucionalismo laboral europeo y la protección multinivel de los derechos laborales fundamentales: luces y sombras*, Albacete (Bomarzo), 2016, pp. 58-59. Cabe destacar la dificultad de muchos países de aceptar este cauce, como España que no ha sido hasta el año 2021, cuando se ha aceptado la Carta Socia revisada (BOE nº 139, de 11 de junio de 2021), y ya puede aplicar provisionalmente el Protocolo adicional en el que se establece el sistema de reclamaciones colectivas hecho en Estrasburgo el 9 de noviembre de 1995 (BOE nº 153, de 28 de junio de 2021)

No obstante, se ha de ser consciente que la tutela multinivel que proporciona el espacio europeo queda de inmediato menoscabada en cuanto interviene en la relación de trabajo un agente que opera y actúa fuera de este marco, realidad tan frecuente como obviada, que conduce a que la grieta que atraviesa esta región con el paso del tiempo se vaya intensificando, ante un mundo progresivamente globalizado en sus relaciones económicas, comerciales, financieras y por supuesto en su ámbito de trabajo.

II. EL IMPACTO DE LA PANDEMIA EN LA IGUALDAD EN EL TRABAJO

Como ya indicará, Norberto Bobbio, "los derechos no son realidades eternas, situadas fuera del tiempo y del espacio; son antes al contrario, fenómenos históricos, y por lo mismo en la historia han de ser ubicados y desde ella ha de ser analizada su formación, así como su desarrollo y sus vicisitudes"[23]. En el año 2021, el derecho a la igualdad en el trabajo no puede ser contemplado sin vincularse con la más grave crisis sanitaria que ha atravesado el mundo desde marzo de 2020, cuya repercusión ha sido de tan hondo calado que nos arriesgamos a afirmar que sus efectos van a provocar la identificación de unas nuevas señas de identidad en las prioridades que se han de abordar para avanzar en el derecho antidiscriminatorio en las relaciones laborales.

2.1. La intensificación de la desigualdad en el mercado de trabajo a raíz de la crisis sanitaria: Una aproximación al empleo y a los colectivos más afectados

La desigualdad en el mundo del trabajo comenzó a intensificarse a nivel global con la crisis financiera de 2008-2009, que, de todos es conocido, agudizo los problemas de desequilibrio económico y social de forma universal; no obstante, después de esta crisis, el mundo en general fue testigo del aumento de la productividad laboral y de la mejora de las tasas de desempleo, pese a las grandes disparidades entre las regiones. De forma gradual y diversa según los territorios geográficos, nos fuimos situando en un escenario distinto más optimista que llegaría a plasmarse en 2015, y en el marco de la 70ª Asamblea General de Naciones Unidas, en la adopción de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), conocida como Agenda 2030. Un plan de acción que comprometía a todos los 193 países que forman parte de Naciones Unidas en el período comprendido entre 2015 y 2030 para reorientar la Agenda de la ONU

23 BOBBIO, N., *El tiempo de los derechos*, Madrid (Sistema), 1991, p. 57.

hacia un desarrollo sostenible. Como se ha indicado, dicha Agenda tiene en el fomento de la igualdad y la eliminación de las desigualdades presente en varios de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, como metas a alcanzar en un futuro próximo. En concreto, dicho objetivo se integra en el ODS 8º, sobre Trabajo decente y Crecimiento económico, en el ODS 10º relativo a la Reducción de las Desigualdades, y en el ODS 5º, que figura referido a Lograr la igualdad entre los géneros y empoderar a todas las mujeres y niñas. No obstante, dicha Agenda que vaticinaba un futuro a nivel mundial más alentador, se dio de bruces con la pandemia.

La COVID19 ha provocado en el mundo del trabajo la crisis más grave desde la Gran Depresión del decenio de 1930[24]. La pandemia ha conducido en menos de un año a una *vertiginosa profundización de la desigualdad*, sin precedentes, por lo intensa, global y veloz en sus efectos. Se ha puesto al descubierto la deficiencia de muchos sistemas sanitarios, las frágiles redes de seguridad social, así como las importantes desigualdades que padecen en su seno los países dentro y fuera de sus territorios. En concreto, la desigualdad social, política y económica preexistente de los países ha amplificado los efectos de la pandemia, intensificando la debilidad de los países más vulnerables. De forma global, se puede afirmar sin miedo a equivocarnos que una conclusión generalizada de esta crisis ha sido el aumento del desempleo mundial y el recorte drástico de los ingresos de los trabajadores, incrementándose el nivel de pobreza. Incluso, la OIT ha llegado a afirmar que se ha producido el mayor incremento del desempleo desde la Segunda Guerra Mundial. Se calcula que en 2020 se perdió el 8,8 por ciento del total de horas de trabajo, el equivalente a las horas trabajadas en un año por 255 millones de trabajadores a tiempo completo, bien por destrucción de puestos de trabajo, o bien por reducción de las horas de trabajo de los empleos que se mantuvieron, que ha sido cuatro veces mayor que la registrada durante la crisis financiera mundial de 2009[25]. Con carácter general, los estados y las organizaciones de trabajadores y empresarios han adoptado medidas sin precedentes para hacer frente a la crisis, con el objetivo de preservar los puestos de trabajo y el empleo, y asistir a las crecientes cifras de desempleados. No obstante, dichas acciones diversas según los territorios no han podido impedir que la desigualdad en el empleo se intensificará. Las proyecciones para 2021

24 Datos extraídos del Observatorio de la OIT, *La Covid 19 y el mundo del trabajo: Estimaciones actualizadas y análisis*, Séptima edición, 25 enero 2021.

25 Observatorio de la OIT, *La Covid 19 y el mundo del trabajo…*, *cit.,* p. 3.

indican la continuidad en la pérdida de 10 millones de puestos de trabajo para 2021, lo que arroja una cifra total de 100 millones de empleo destruidos, frente a los 90 millones previstos[26].

Con respecto a las zonas geográficas más débiles, sostenidas en un abrumador *empleo informal*, la pandemia ha incidido tanto en la microempresa y pequeña empresa, como en los asalariados que trabajan en dicha economía, llegando a alcanzar en 2019 a unos 2000 millones de trabajadores que sobreviven en la economía informal – más de la mitad de la fuerza de trabajo del mundo-, siendo víctimas de un grave desempleo o subempleo causado por la crisis sanitaria[27]. Desde esta perspectiva, la empresa de pequeñas dimensiones o microempresas han tenido muchas dificultades para mantener su actividad y conservar el empleo, e incluso recibir las ayudas públicas y las líneas de crédito que se han adoptado en numerosos países ante un contexto de emergencia no sólo sanitaria, sino también económica y social. Del otro lado, los trabajadores no cualificados de la economía informal se han visto afectados de manera desproporcionada por la crisis, muchos de ellos han perdido su empleo, o han contado con prestaciones laborales muy inestables, y una gran mayoría han tenido que enfrentarse al dilema de elegir entre trabajar con riesgo para su salud para sobrevivir, o salvaguardar su salud con cada vez más mermados ingresos económicos, lindando con una situación de inminente pobreza. Todo ello con el agravante de tener mayores dificultades de acceder a todo el paquete de ayudas que han arbitrado los Estados, y en especial de las desplegadas por los sistemas de protección social, al encontrarse con frecuencia en el marco de la economía sumergida.

26 OIT, *Perspectivas sociales y del empleo en el mundo: Tendencias 2021*, p. 3.

27 OIT, *Perspectivas sociales y del empleo en el mundo: Tendencias 2021*, p. 6. INFORME DE LOS OBJETIVOS DE DESARROLLO SOSTENIBLE 2020: "En el año 2016, un alarmante 61% de los trabajadores de todo el mundo trabajaban en el sector informal. En general, la informalidad tiene un efecto negativo en los ingresos, el tiempo de trabajo, la seguridad y la salud ocupacional, y las condiciones laborales en general. En 2016, el empleo informal estaba mucho más extendido en el sector agrícola (94%) que en el sector no agrícola (51%). La dependencia de los trabajadores informales también predomina en ciertas regiones, entre ellas África subsahariana (89%) y Asia central y meridional (86%). Debido al desempleo y subempleo causados por la crisis del coronavirus, unos 1.600 millones de trabajadores de la economía informal –la mitad de la fuerza de trabajo del mundo– pueden verse afectados de manera significativa. A nivel mundial, se estima que los ingresos de los trabajadores informales han disminuido en un 60% en el primer mes de la crisis, y hasta en un 81% en algunas regiones. Se necesitan urgentemente medidas normativas importantes para proteger tanto a las empresas (en particular a las más pequeñas) como a los trabajadores de la economía informal, para lograr un trabajo decente para todos para el año 2030" (pág. 41).

En cualquier caso, la presencia del empleo informal es radicalmente distinta de una región a otra, contribuyendo a que la repercusión de la crisis de la COVID-19 sea muy desigual a nivel internacional. La economía informal representa 61% de la fuerza de trabajo mundial. La mayoría de las personas no entra a formar parte de la economía informal por decisión, sino por necesidad; en muchas situaciones frágiles, es la única manera de ganarse la vida. En cualquier caso, el trabajo informal se caracteriza por condiciones inseguras, salarios bajos e irregulares, jornadas de trabajo largas e inconstantes, falta de representación de los trabajadores y poca o ninguna cobertura de seguridad social. Por tanto, a nivel mundial, los trabajadores informales constituyen una gran proporción de los trabajadores pobres, resultando que los países con grandes economías informales son especialmente vulnerables a las crisis externas y a la tensión social. Consecuentemente, encontrar caminos hacia la formalidad es un elemento esencial de la creación de resiliencia.

De otro lado, el impacto irregular de la crisis ha operado con distinta intensidad en función de las competencias laborales del empleado, agravando las desigualdades sociales por otra vía más. Los trabajadores más cualificados han podido sortear en mejores condiciones la crisis, al trabajar, por una parte, en ocupaciones que se han visto menos afectados por las pérdidas de empleo, y, por otro lado, al verse beneficiados de la posibilidad de "trabajar a distancia". Como se sabe, dicha fórmula de organización del trabajo se ha intensificado enormemente en la crisis sanitaria, al ser una medida preferente de protección frente al contagio del virus, posibilitando a un tiempo la continuidad de la actividad productiva. No obstante, no se puede obviar que el trabajo a distancia requiere por lo común la disposición de medios y equipos que lo permitan, zona con acceso a internet, y un domicilio que por sus características permita el trabajo. Todo ello ha acentuado las desigualdades entre el Norte y el Sur global, entre los hogares con diferente estatus socioeconómico, y entre las zonas urbanas y rurales mucho más aisladas. En cualquier caso, la imparable utilización del trabajo a distancia, de modo especial en la modalidad del teletrabajo, ha provocado nuevos problemas en las relaciones laborales, resultando fundamental que los gobiernos y las organizaciones de trabajadores y empleadores presten atención a las orientaciones que marca el Convenio nº 177 y la recomendación nº 184 OIT con el objetivo de que dicho trabajo pase de la invisibilidad al trabajo decente[28].

28 Vid. el estudio de la OIT, *El trabajo a domicilio. De la invisibilidad al trabajo decente*, 13 enero 2021.

Según los sucesivos Informes de la OIT, resulta claro que el grave problema de salud no ha afectado a todos los sujetos implicados en el mundo del trabajo por igual, sino que sus consecuencias se han agudizado en los países más pobres, y en los más ricos se han centrado en toda una serie de colectivos que se encontraban antes de la crisis en una posición más vulnerable. Las personas mayores, los niños, las personas con discapacidad, las mujeres y los migrantes y refugiados son los más afectados por la crisis en un balance global (Informe ODS 2020); ahora bien, si contemplamos el mundo del trabajo, nuestro análisis entonces se contrae a los jóvenes, mujeres y trabajadores migrantes que son los sujetos más afectados por las consecuencias de la crisis sanitaria en el régimen del trabajo[29].

La crisis ha afectado a estos tres colectivos de modo especial a lo largo y ancho del mundo. En primera instancia, se ha agravado en los *jóvenes,* dificultando la transición de su etapa formativa al ingreso en el mercado de trabajo: a nivel mundial, el empleo juvenil se redujo en un 8,7 por 100 en el año 2020, a diferencia del empleo de los adultos que descendió un 3,7 por 100; la caída más pronunciada se registro en los países de ingresos medios[30]. Al igual que ocurrió con la crisis de 2008, el acceso a un puesto de trabajo en esa franja de edad durante una recesión reduce las probabilidades de empleo a largo plazo, los salarios y las perspectivas de desarrollo de competencias en el trabajo. La oferta de empleo se ha reducido significativamente, puesto que la crisis sanitaria ha provocado una grave destrucción de puestos de trabajo y de horas de trabajo de los empleos que han logrado mantenerse, reduciéndose con carácter general las jornadas laborales -al menos formalmente-, que inciden en la calidad de los trabajos ofrecidos. Así en el año 2021, dicha realidad ha dejado sentir sus efectos fundamentalmente en las regiones de América Latina y el Caribe, y en Europa y Asia Central, con pérdidas estimadas de horas de trabajo en cada caso superiores al 8 por ciento en el primer trimestre y al 6 por ciento en el segundo trimestre de este año. Todo ello ha provocado que haya menos puestos de trabajo disponibles, y que el desempleo en esta franja de edad sea bastante más elevado que antes de la pandemia, produciéndose la situación de que cuando los jóvenes tienen la fortuna de conseguir un empleo, éste sea más precario, al

29 Informe de la OIT, *Perspectivas sociales y del Empleo en el Mundo; Tendencias 2021,* p. 6.

30 Observatorio de la OIT, *La Covid 19 y el mundo del trabajo: Estimaciones actualizadas y análisis*, Séptima edición, 25 enero 2021, p. 11.

ser en puestos temporales y a tiempo parcial, reduciéndose significativamente los salarios percibidos[31].

A este respecto, y según el informe de la OIT para el año 2021 "se espera que muchos de los empleos recién creados sean poco productivos y de mala calidad"[32]. Consecuentemente, se vaticina que, ante las dificultades de encontrar un empleo digno, los potenciales trabajadores inviertan más en educación y formación, cuando les sea posible, poniéndose de relieve la brecha digital entre aquellas regiones del mundo que carecen de las infraestructuras tecnológicas necesarias que limitan la capacidad para pasar a la enseñanza a distancia, siendo para los jóvenes mucho más limitada sus posibilidades de elegir entre trabajo y formación.

El segundo colectivo en el que ha repercutido en mayor medida la crisis sanitaria han sido los *trabajadores inmigrantes* en una posición de clara vulnerabilidad en los países más desarrollados que se ha visto agudizada en esta fase histórica[33]. Una gran parte de dichos empleados han perdido su empleo, han sufrido retrasos e impagos en su salario, y algunos de ellos no han podido acceder a las prestaciones de los sistemas de protección social, al no estar dados de alta en el sistema, engrosando las cifras de pobreza que han aumentado notoriamente a escala mundial. Exponente paradigmático de dicha situación ha sido el que ha sufrido el *empleo doméstico* que en su gran mayoría pertenecen al colectivo femenino, y en buena parte se trata de trabajo realizado por inmigrantes de los países del sur que prestan sus servicios en los hogares europeos y del norte del continente americano[34]. Ello, sin perjuicio de advertir de la presencia de acusadas diferencias territoriales, según ha destacado un reciente informe de la OIT 2021, con ocasión del X Aniversario de la adopción el Convenio nº189 sobre "trabajadores y trabajadoras domésticas"[35].

---

31 Vid. en el ámbito europeo la Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité Económico y social europeo y al Comité de las Regiones: Apoyo al empleo juvenil: un puente hacia el empleo para la próxima generación, 1 julio 2020.

32 Informe de la OIT, *Perspectivas sociales y del Empleo en el Mundo; Tendencias 2021,* p. 5.

33 Vid. en profundidad MORARU, G.F., *Los derechos y libertades de los trabajadores extranjeros inmigrantes*, Albacete (Bomarzo), 2021.

34 NOGUEIRA, J. y ZALAKAIN, J., "La discriminación múltiple de las mujeres inmigrantes trabajadoras en servicios domésticos y de cuidados en la CAE", Instituto Vasco de la Mujer, 2015.

35 A este respecto, resulta llamativo las cifras de procedencia que nos proporciona la OIT: "El trabajo doméstico es una fuente de empleo importante, ya que representa el 2,3 por ciento del empleo total en todo el mundo. Si se considera solo a los trabadores asalariados, esta cifra casi se duplica, situándose en un 4,5 por ciento. El peso del trabajo doméstico como fuente de empleo varía de

En cualquier caso, es claro que la pandemia de la COVID-19 ha empeorado las deterioradas condiciones de trabajo de este empleo que afecta 75,6 millones de trabajadores domésticos a lo largo y ancho del mundo (un 4,5 por 100 de los asalariados del mundo entero), al perder su empleo o reducir sus horas de trabajo. El problema más grave que les afectaba es que un número sorprendente de trabajadores domésticos -8 de cada 10- están empleados de manera informal, o dicho de forma explícita, se trata de una actividad que con relativa frecuencia carece de cualquier protección laboral y de seguridad social. En concreto, alrededor del 80 por cien del sector reviste dicha condición, duplicando el porcentaje que distingue al trabajo asalariado común (Informe OIT 2021, p. 5). Por tanto, se acepta con relativa normalidad su presencia en la economía sumergida, que en efecto ha mejorado, desde la firma en el año 2011 del Convenio de la OIT nº 189, que ha supuesto un gran avance en su estatus jurídico-laboral, incluyéndose dentro del sistema numerosas trabajadoras domésticas que se encontraban completamente al margen de las leyes laborales.

Ahora bien, la crisis sanitaria ha agudizado su situación de precariedad, pese haber demostrado el carácter imprescindible de sus servicios que han continuado prestándose en muchos casos, pese al riesgo de contagio, teniendo una repercusión directa en la atención que se dispensa fundamentalmente en los hogares. Dichas trabajadoras son una pieza clave en el trabajo del cuidado en el mundo entero. En cualquier caso, resulta revelador que la normativa sobre protección laboral y de seguridad social, cuando se produce de forma específica para dicho colectivo no se realiza con relativa frecuencia en las mismas condiciones que con un trabajador ordinario. De esta forma, se observan graves desigualdades en el régimen de retribuciones con un abuso en las retribuciones en especie y una falta de control en las horas realizadas, siendo uno de los colectivos peor remunerados del mercado de trabajo, con menos garantías en la ordenación de su tiempo de trabajo, como sucede de forma especialmente grave con las trabajadoras internas por exceso de horas, y sin la garantía del derecho al descanso[36]. Asimismo, no

un país a otro: el trabajo doméstico representa la mayor proporción de trabajadores en los Estados Árabes (14,8 por ciento), seguidos de América Latina y el Caribe (8,4 por ciento), África (7,3 por ciento) y Asia y el Pacífico (4,6 por ciento). En Europa y Asia Central el trabajo doméstico solo representa el 1 por ciento de los trabajadores" (*Hacer del trabajo doméstico un trabajo decente. Avances y perspectivas una década después de la adopción del Convenio sobre las trabajadoras y trabajadores domésticos*, 2011 (núm. 189).

36 Vid. en detalle, OIT, *Hacer del trabajo doméstico un trabajo decente. Avances y perspectivas una década después de la adopción del Convenio sobre las trabajadoras y trabajadores domésticos*, 2011 (núm. 189), pp. 3-4. Asimismo, el estudio de SANZ SAEZ, C., "La precarización como realidad

resulta inusual los déficits de cobertura en las prestaciones reconocidas por los sistemas de seguridad social respecto a los trabajadores comunes, como sucede con la falta de la protección generalizada por desempleo que se atribuye al trabajador común. A ello hay que añadir la exclusión de dicho trabajo de las medidas de prevención de riesgos en la seguridad y salud laboral que se ha puesto de manifiesto con especial crudeza durante la crisis sanitaria.

Todo ello ha sido facilitado por la falta de control de las inspecciones de trabajo, y de las representaciones de los trabajadores, y por el aislamiento de su prestación laboral que promueve el abuso, y el riesgo de violencia y acoso. Por tanto, es urgente que se adopten acciones normativas que promuevan el control de la autoridad pública, promocionando las organizaciones de defensa de estos trabajadores tan desprotegido, a día de hoy, por el lugar de trabajo en el que prestan sus servicios, activándose campañas de sensibilización que potencien la salida de dicho empleo del trabajo informal. En este sentido, la OIT reclama con intensidad la urgencia de que el trabajo doméstico reúna las condiciones de trabajo decente, sin que continúe considerándose un trabajo de menor valor *per se*, resultando imprescindible que los países ratifiquen el Convenio nº 189 para comprometerse con dicho empleo.

Desde una perspectiva distinta, cuando nos referimos a los trabajadores inmigrantes, se ha de poner de relieve que la pérdida de empleo y el deterioro de sus condiciones de trabajo, no sólo afecta a los países de destino donde prestan sus servicios, sino también en los países de origen que dependen de la llegada de remesas. Las remesas son una de las principales fuentes de ingresos en muchos países pobres, donde resultan esenciales para sostener tanto los ingresos de los hogares, como la demanda interna. Por tanto, la disminución de los flujos de remesas ha agravado la pobreza en los países de origen de los trabajadores migrantes. A este respecto, cabe mencionar el vínculo que une a España con los países de América Latina en el sector de la actividad doméstica y del cuidado, en el que las dificultades vividas para el mantenimiento de los puestos de trabajo durante la pandemia ha repercutido gravemente en las remesas que han podido trasladar a sus países de origen. Igualmente, en el sector de la actividad agrícola, en la que los países de la Unión Europea se nutren de los trabajadores migrantes nuclearmente de países africanos, se han producido enormes dificultades para

de mercado: la frontera entre el empleo doméstico y el trabajo de cuidados", Revista Lex Social (2021), vol. 11, núm. 1, pp. 509 a 533.

que pudieran acudir a los países de destino, por las intensas restricciones de la movilidad geográfica[37].Todo lo anterior no es más que una pequeña pero ilustrativa muestra de que la interconexión en el mundo del trabajo entre los países del tercer y cuarto mundo y de los países desarrollados es intensa y creciente, sin que el análisis de la desigualdad pueda contemplarse de forma aislada bajo parámetros que contemplen solamente la realidad interna de un país, resultando cada vez más necesario que las acciones para mejorar la igualdad se contemplen en un mercado de trabajo cada vez más globalizado

Finalmente, el último de los colectivos en los que nos queremos detener son las *mujeres*, frente a quienes la crisis amenaza con poner en peligro los avances que en materia de igualdad de género se han ido tejiendo, a nivel internacional y dentro de los estados internamente. El colectivo femenino ha tenido consecuencias de mayor impacto por la pandemia que los hombres, muchas de ellas resultado de su posición en el mercado de trabajo a nivel mundial[38]. Por la entidad de las mismas, al afectar a más del 50 por 100 de la población mundial y por su trascendencia, que, pese a que ha sido desigual dependiendo de la zona geográfica en la que viva y trabaja la mujer, reviste denominadores comunes en los perjuicios que ha implicado la crisis sanitaria, se considera que ha de analizarse más en profundidad en un apartado separado. El progreso que se había dado con dificultad para conseguir una mayor igualdad entre mujeres y hombres en el mercado de trabajo en la fase de pre pandemia no es ni mucho menos irreversible, pudiendo retroceder con la grave crisis económica mundial producida, que puede revertir los cambios. Consecuentemente, se deben impulsar de nuevo las políticas que luchan por la igualdad de género en el trabajo, que están decisivamente condicionadas por los sesgos de género que acompañan a la condición de mujer en su proyecto de vida. O dicho de forma más explícita, las políticas para luchar por la recuperación económica y social de los países han de tener en cuenta ineludiblemente este factor, sino se quiere ahondar en la desigualdad de la mujer.

37 https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/combatting-discrimination/racism-and-xenophobia/eu-anti-racism-action-plan-2020-2025_es

38 Vid. Documento de la CES: "El COVID 19 no es neutral en cuanto al género: Se necesita una estrategia de género", https://www.ccoo.es/8db2be638ceeb055c2020526616181b3000001.pdf

2.2. Una especial referencia a la gravedad del retroceso en igualdad de género

2.2.1. La desigual repercusión en el empleo femenino por la distribución desequilibrada en el trabajo de cuidados: Una oportunidad para su replanteamiento

Los efectos más graves de la emergencia sanitaria sobre las mujeres sólo se pueden explicar desde la posición que ocupa en el mercado de trabajo, y en la vida privada y familiar. A este respecto, lo primero que se ha de destacar es que la pérdida de empleo que han sufrido por la crisis sanitaria ha sido más relevante que en los hombres. Según datos de la OIT, el empleo femenino se redujo en 2020 en un 5 por 100 frente a un 3,9 por 100 en el caso de los hombres; parece claro que se han visto más afectadas por el desempleo masivo y la pérdida de horas de trabajo que ha provocado la crisis sanitaria[39]. Entre otras razones, ello es así, porque en el caso del colectivo femenino se ha añadido un factor adicional al que padecen los hombres, que ha provocado que su expulsión de la actividad laboral sea mayor, al haberse producido con cierta frecuencia el abandono por ellas mismas de sus puestos de trabajo, para hacerse cargo de la función de cuidado de los menores, mayores y personas con discapacidad, puesto que la conciliación se ha vuelto más difícil en este contexto[40].

---

39 A nivel mundial, entre 2019 y 2020, el empleo de las mujeres se redujo en un 4,2 por ciento, el equivalente a una caída de 54 millones de puestos de trabajo, mientras que el empleo de los hombres se redujo en un 3 por 100, o 60 millones de puestos de trabajo. No todas las regiones se han visto afectadas de la misma manera. La región de las Américas experimento la mayor pérdida de empleo femenino a consecuencia de la pandemia (-9,4 por ciento). El segundo mayor descenso en el número de mujeres empleadas se observó en los Estados Árabes. En Asía y el Pacífico, la crisis de la pandemia provocó una disminución del empleo femenino del 3,8 por ciento, frente a una disminución del 2,9 por ciento en el caso del empleo de los hombres. En Europa y Asia Central, la crisis de la COVID-19 ha reducido el empleo de las mujeres considerablemente más que el de los hombres, provocando una disminución del 2,5 por ciento y del 1,9 por ciento, respectivamente. En África, el empleo de los hombres experimentó el menor descenso de todas las regiones geográficas, con solo un 0,1 por ciento de caída entre 2019 y 2020, mientras que el empleo femenino disminuyo un 1,9 por ciento (OIT, "*Avanzar en la reconstrucción con más equidad: Los derechos de las mujeres al trabajo y en el trabajo, en el centro de la recuperación de la COVID-19*", 2021, pp. 2 y 3).

40 RAMOS, J. y GOMEZ, A., "¿Por qué los retos de la conciliación en tiempos de COVID-19 son todavía mayores para las mujeres?, IVIE y Universitat de Valencia, 9 junio de 2020.
OIT, *Perspectivas sociales y del empleo en el mundo*…cit., p. 4: "Una cuestión transversal, que repercute en las mujeres de todos los países, sectores, ocupaciones y tipos de empleo, es que la carga que representa el hecho de que se hayan intensificado las actividades de cuidado de los niños y educación en el hogar ha recaído mucho más en ellas, lo cual ha provocado un aumento del tiempo de trabajo no remunerado para las mujeres que refuerza los roles de género tradicionales".

El cierre de los centros educativos, incluidas las escuelas infantiles, la clausura de los centros de día, la visión de las residencias como un foco de riesgo de contagio, así como la falta de disponibilidad de las trabajadoras del servicio del hogar, ha conducido a que de un día para otro surgiera un *problema de grave envergadura* para atender a las responsabilidades familiares, que ni tan si quiera se podía solventar a través de las mujeres de la generación anterior, al ser personal de riesgo. Con la pandemia, ha emergido una extraordinaria demanda de cuidado, al fallar los recursos clásicos que permitían asistir a las personas dependientes, incrementándose la dificultad para muchas mujeres de compatibilizar la vida profesional y familiar, trasladándose la actividad del cuidado al núcleo privado y familiar. Y es que las etapas más graves de la crisis sanitaria han conducido a que el cuidado retorne en mucha mayor medida al domicilio, reduciéndose el número de cuidadores, puesto que dicho trabajo reclama un "contacto personal" que choca radicalmente con las reglas de distanciamiento social que impone la pandemia, limitando drásticamente el circulo de sujetos cuidadores. Se ha dicho que la crisis de la COVID-19 está cambiando radicalmente la forma en que las personas, en particular las mujeres, pasan su tiempo, muchas veces con un efecto negativo en su bienestar. Una encuesta realizada en 17 países muestra que tanto las mujeres como los hombres están asumiendo más responsabilidades en las tareas domésticas y el cuidado de los niños y la familia durante el confinamiento, pero la mayor parte del trabajo sigue recayendo en las mujeres y las niñas, lo que refleja las modalidades prepandémicas[41]. De este modo, el hogar o domicilio ha cobrado un mayor protagonismo, jugando en este terreno las mujeres un papel central que ha reforzado los roles de género tradicionales.

Y es que ya antes de la crisis sanitaria, era claro que las mujeres dedicaban más tiempo que los hombres al *trabajo no remunerado,* una carga que se ha visibilizado y se ha intensificado durante todo el período de la emergencia. En un día promedio, las mujeres dedican aproximadamente tres veces más horas que los hombres a trabajos domésticos y de cuidado, -trabajos no remunerados-, según los últimos datos de 89 países y zonas entre 2001 y 2018. El tiempo dedicado a estas actividades tiende a ser aún mayor en el caso de las mujeres con niños

41 Datos de la OIT, *Informe de Objetivos de Desarrollo Sostenible 2020*, p. 37. En la misma dirección, OIT, *Perspectivas sociales y del empleo en el mundo*…cit., p. 4: "Una cuestión transversal, que repercute en las mujeres de todos los países, sectores, ocupaciones y tipos de empleo, es que la carga que representa el hecho de que se hayan intensificado las actividades de cuidado de los niños y educación en el hogar ha recaído mucho más en ellas, lo cual ha provocado un aumento del tiempo de trabajo no remunerado para las mujeres que refuerza los roles de género tradicionales".

pequeños en casa. En aproximadamente el 75% de los países que disponen de datos sobre estas tendencias, se ha observado una pequeña disminución del tiempo que las mujeres dedican a las tareas domésticas y de cuidados no remuneradas frente al que dedican los hombres[42]; de modo particular, en las parejas más jóvenes y a medida que las mujeres ocupan puestos de mayor cualificación en que se incrementa la corresponsabilidad, o en su caso los ingresos de la unidad familiar, que permiten recurrir al mercado para adquirir los servicios de cuidado.

En cualquier caso, la pandemia ha puesto al descubierto con más crudeza el conflicto trabajo-familia que se produce, cuando se ha de atender a los menores, personas enfermas que crecen en número a causa de la COVID-19, y en general a todos aquellos que no pueden valerse por sí mismos, cuando los servicios de cuidado directos e indirectos no están disponibles[43]. En este sentido, *un efecto positivo de la pandemia ha sido una mayor toma de conciencia de la trascendencia social que reviste el trabajo del cuidado* para el bienestar de las personas o incluso para su propia supervivencia. Por una parte, el que prestan las mujeres en sus domicilios, al haberse hecho más visible ante la adversidad, al haberse eliminado o dificultado todos los recursos tradicionales a través de los que se cubría dicha tarea, poniendo en una difícil encrucijada a todos aquellos que tienen personas dependientes a su cargo. Por otro lado, el denominado cuidado profesionalizado que se lleva a cabo en el sector sanitario y de servicios sociales que ha sido declarado como *servicio esencial*, sin que pudiera paralizarse ni en las etapas más graves de la crisis, quedando demostrado que se trata de un nicho de empleo abrumadoramente femenino, que ha tenido que funcionar a destajo para preservar la salud y el bienestar de los ciudadanos[44].

Legiones de empleadas durante la crisis sanitaria han continuado prestando sus servicios, incluso con más intensidad, en profesiones como la enfermería, auxiliares de enfermería, gerocultoras, trabajadoras de ayuda a domicilio, empleadas del hogar, cuya prestación de servicios ha resultado inaplazable, sin que

42 OIT, *El trabajo de cuidados y los trabajadores del cuidado para un futuro de trabajo decente",* Resumen ejecutivo, 2018.

43 Como conflicto social, se define por RAMOS QUINTANA, M.I., "Las mujeres y el futuro del trabajo en el centenario de la OIT", *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social* (2019), Número Extraordinario Mujer en el futuro del Trabajo, (2019), p. 117.

44 Según la OIT, "Las mujeres también están en la primera línea en la lucha contra el coronavirus, ya que representan casi el 70% de los trabajadores sanitarios y sociales en todo el mundo" (Observatorio de la OIT, *La Covid 19 y el mundo del trabajo: Estimaciones actualizadas y análisis*, Séptima edición, 25 enero 2021, p.

hayan podido beneficiarse de medidas de protección, como el teletrabajo, ni de la suspensión de su prestación laboral a través de procedimientos colectivos como los ERTEs, que han puesto en marcha muchos Estados para paliar las consecuencias de la reducción de ciertas actividades económicas (como la hostelería y el turismo). No obstante, resulta paradójico que, pese a su carácter esencial e imprescindible para que el derecho a la protección a la salud y al cuidado sea efectivo, se ha puesto de relieve que las trabajadoras del cuidado, pese a su diversidad, guardan el denominador común de ser uno de los grupos situados en peor posición en el mercado de trabajo por la precariedad de sus condiciones de trabajo, hasta el punto de que, como ha indicado la OIT, su actividad no reúne en ocasiones las condiciones para que pueda calificarse como "trabajo decente"[45]. Ni por sus salarios, ni por sus tiempos de trabajo, ni por su falta de medidas de prevención de riesgos, ni por su falta de estabilidad laboral, que desemboca en una reducida protección social en la vejez, se alcanza la inevitable conclusión de que la legislación laboral tiene una deuda histórica frente a dichas trabajadoras del cuidado[46]. La minusvaloración del trabajo de cuidado estamos convencidos que esta identificado con el género, puesto que la norma laboral parte de unos estándares masculinos en la regulación del trabajo que se valora y reconoce económica y socialmente.

Como indica A. SUPIOT, la definición de trabajo que analiza nuestra disciplina ha de partir de una perspectiva más amplia, "integrando los cuidados de una forma plena, considerando que es un trabajo que reporta una utilidad social, y que tienes unas consecuencias jurídicas, económicas y sociales para quien lo realiza y para quien se beneficia de su prestación"[47]. Quienes realizan el trabajo de cuidado son trabajadoras que participan con su trabajo al bienestar de la sociedad y a su propia supervivencia, y por ello el Derecho del Trabajo debe asumir un compromiso mucho más activo con el reconocimiento de dicho trabajo y sus implicaciones, puesto que indirectamente lo estará haciendo con la igualdad de género. Es hora ya de que el trabajo de cuidados contabilice y sea cuantificado en el producto interior bruto de los países, y deje de ser inexistente, sin valor económico y social.

45 Vid. al respecto OIT, "El trabajo de cuidados y los trabajadores del cuidado para un futuro de trabajo decente", Resumen ejecutivo 2018.

46 En detalle, me permito remitir a mi estudio, "Las trabajadoras del cuidado: por un futuro de trabajo decente", *Revista de Derecho social* (2019), nº 89, pp. 38 a 47.

47 SUPIOT, A., *Au-Dela de l´emploi. Les voies d´une vraie réforme du droit du travail.* Francia (Flammarios), 2016, pp. 121-122.

Como ha indicado la OIT, "el trabajo de cuidado y los trabajadores del cuidado son un elemento clave para un futuro de trabajo decente, directamente relacionado con la igualdad de género"[48]. En la Agenda 2030, la organización internacional ha recomendado encarecidamente que se invierta en esferas de la economía que revisten una importancia estratégica para satisfacer necesidades mundiales ineludibles y aprovechar oportunidades indispensables de trabajo decente y sostenible. La economía de los cuidados podría generar más de 475 millones de empleos en todo el mundo. La inversión en cuidados responde a una necesidad social acuciante que ha de afrontar el rápido envejecimiento de la población en muchos países, abriendo el camino para avanzar hacia la igualdad de género. La transformación de la *economía de los cuidados* requiere inversiones públicas en servicios de cuidados de calidad, políticas de trabajo decente para los cuidadores, y apoyo a los cuidadores no remunerados que desean volver al empleo. Y por ello, a nuestro juicio, la pandemia resulta una oportunidad para replantearse el valor que se atribuye a dicho trabajo desde todas las dimensiones, ocupando un papel nuclear los Estados en la aprobación de un régimen jurídico-laboral que les favorezca, con apoyo de estímulos fiscales y financieros, pero también resulta crucial la labor que han de realizar los agentes sociales en el marco de la negociación colectiva. Los convenios colectivos y los acuerdos tienen que poner en valor dicha actividad laboral, siendo fundamental que las organizaciones sindicales se hagan eco de dicha crucial realidad con todas sus implicaciones, tanto de la perspectiva de la conciliación, como desde la óptica de las condiciones de trabajo que acompañan a las agentes del cuidado.

La recuperación de la actividad a una cierta normalidad en las sucesivas olas de la pandemia, y actualmente con el proceso de vacunación, no ha enderezado la situación al contexto anterior a la crisis sanitaria, al añadirse dentro de la ecuación, la presencia del teletrabajo y la falta de normalización de los recursos tradicionales sobre los cuidados profesionalizados, que ha conducido a que la asistencia y atención a las personas vulnerables continúe realizándose en mayor medida, que antes, en los domicilios[49]. Y ello ha provocado que se cuestione cada vez más vivamente el reparto equilibrado de dicha tarea entre el Estado, el mercado y las familias o, mejor dicho las mujeres de la familia, al ser cada

48 OIT, *El trabajo de cuidados y los trabajadores del cuidado para un futuro con trabajo decente*, Resumen ejecutivo, 2018, p. 14.

49 CRUZ VILLALON, J., "Teletrabajo y coronavirus: de la emergencia a la permanencia", *Revista de Derecho de las Relaciones Laborales* (2020), nº 4, pp. 408 y ss.

vez más difícil sostener el modelo predominante, en el que recae excesivamente dicho trabajo no remunerado en el colectivo femenino.

Ese incremento de la carga de cuidados tiene como efecto directo su replanteamiento en la posición que ocupa en la vida profesional, poniendo de relieve *la falta de corresponsabilidad entre mujeres y hombres en las tareas de cuidado*, que provocan que la conciliación siga siendo una problemática que ocupa, preocupa y resuelve la mujer. En esquema de síntesis, dicha asunción de las tareas domésticas y del cuidado en esta época difícil le ha llevado a abandonar su puesto de trabajo o a reducir sus horas de trabajo, pero le conduce en condiciones de normalidad productiva a asumir una posición de segundo grado que la penaliza dentro del mercado de trabajo, y la autoexcluye de desarrollar una carrera profesional más plena, al reducir con carácter general las horas de trabajo, y su disponibilidad en la organización laboral para dedicar su tiempo a las tareas de cuidado. Se ha de tener en cuenta que las mujeres adoptan la decisión de trabajar, y de cómo trabajar, en función de sus responsabilidades asistenciales o de cuidado, y de si tales responsabilidades se comparten con la pareja y cómo se comparten[50].

A este respecto, es cada vez es más urgente que se revisen las políticas de conciliación con el objetivo nuclear de que se avance en corresponsabilidad entre hombres y mujeres en la asunción de las obligaciones de cuidado que es uno de los mecanismos principales para progresar en la igualdad entre ambos sexos en el mundo del trabajo. Se trata de una realidad persistente que ya se puso de manifiesto hace más de 25 años en la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer en Beijing en 1995 que consideró, como un objetivo estratégico para el avance de la mujer, "fomentar una armonización de responsabilidades laborales y familiares entre hombres y mujeres" en una Declaración adoptada por 189 países.

En el ámbito de la Unión Europea han sido muchas las disposiciones que han repercutido en este ámbito, pero recientemente, se han dictado algunas normas que reflejan la preocupación que existe en este terreno en el que no se avanza, como debiera, ni tan si quiera en las zonas más avanzadas del mundo en la igualdad en el trabajo, y de modo particular en la igualdad de género[51]. A

50 Una unión de la Igualdad: Estrategia para la Igualdad de Género 2020-2025.

51 La Unión Europea es líder mundial en igualdad de género: de los veinte países de todo el mundo que van a la cabeza en materia de igualdad de género, catorce son Estados miembros de la UE (Por lo que se refiere a la aplicación del Objetivo de Desarrollo Sostenible n.º 5 sobre igualdad de género, según el Índice de Género de los ODS EM2030 en 2019: https://data.em2030.org/em2030-sdg-gender-index.a/ En profundidad, BALLESTER PASTOR, Mª. A., "Conciliación la-

este respecto, cabe destacar como en la Estrategia para la Igualdad de Género 2020-2025 que articula el trabajo de la Comisión Europea en materia de igualdad entre hombres y mujeres, ha indicado que la mejora en conciliación de la vida privada y profesional de los trabajadores es una de las formas en abordar las diferencias entre hombres y mujeres en el mercado de trabajo, debiendo los Estados trasponer los contenidos de la Directiva de conciliación, que en todo caso se ha de concebir como una norma de mínimos. Asimismo, en el verano de 2019 se aprobó la Directiva 2019/1158, de 20 de junio, de conciliación de la vida familiar y profesional de los progenitores y de los cuidadores, cuyo objetivo más claro reza en sus considerandos, es "el fomento de la corresponsabilidad"[52]. La conciliación no ha funcionado en términos de corresponsabilidad porque la realidad social demuestra que los recursos centrales sobre los que gira la conciliación referidos al contrato a tiempo parcial, los derechos de reducción de jornada por cuidado de parientes, o las excedencias familiares son utilizados abrumadoramente por las mujeres perpetuando los roles de género[53]. Su ejercicio ha provocado que se ahonde en la desigualdad entre mujeres y hombres, puesto que suponen salarios más bajos, interrupciones en su vida profesional, el freno de su promoción o ascenso, generando en el futuro pensiones más bajas. Teniendo en cuenta que en los casos más graves, se produce un desapego del mercado de trabajo, al quedarse marginadas del mismo en una secuencia temporal (entre 30 y 40 años), que resulta crucial en el desarrollo de la carrera profesional.

Por ello, y en un esquema de síntesis, las políticas de conciliación deben replantearse de principio a fin, si queremos que funcionen como instrumento de equilibrio y reparto de las responsabilidades familiares entre ambos sexos y dejen de contribuir a la desigualdad de género[54]. En primera instancia, es necesario revisitar la propia noción en la que descansa la conciliación, tanto respecto a los

boral y familiar en la Unión Europea: rémoras, avances y nuevas líneas de tendencia en el ámbito de la corresponsabilidad", *Revista de Derecho social* (2010), nº 51, pp. 31 a 36.

52 Vid. BALLESTER PASTOR, Mª.A., "La conciliación de responsabilidades: estado de la cuestión a la luz de la propuesta de Directiva de la Comisión Europea de 26 de abril de 2017", *Lan Harremanak* (2017), nº 38, pp. 67 a 92 y DE NIEVES, N., *El trabajo de la mujer en el Derecho de la Unión Europea*, Madrid (Thomson Reuters-Aranzadi), 2019, pp. 125 y ss.

53 CASAS BAAMONDE, Mª. E., "Conciliación de la vida familiar y laboral: Constitución, legislador y juez", *Revista de Derecho de Relaciones Laborales* (2018), p. 1080.

54 En este terreno, me permito remitir a mi estudio, MOLERO MARAÑÓN, Mª. L., "Los desafíos de una genuina conciliación de la vida profesional y familiar en la sociedad española del siglo XXI", *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, *Mujer en el futuro del trabajo*, número extraordinario, 2019, pp. 162 y ss.

sujetos susceptibles de protección, como en relación a los sujetos titulares de los derechos de conciliación. Por una parte, se debería atender a una realidad familiar que es mucho más plural y heterogénea que la que contemplan las normas que se basan en un modelo de familia único -por ejemplo, requeriría mucha más atención las familias monoparentales o numerosas-, y por otra, se tendría que incluir en igualdad de condiciones que los derechos de conciliación a favor de los menores, a los familiares enfermos y dependientes, si se tiene en cuenta el progresivo envejecimiento de la sociedad en algunos territorios del planeta.

Por otro lado, y como ha expuesto la Unión Europea, el logro del objetivo de la conciliación tiene que perseguir un doble objetivo, a través de un nuevo enfoque: "por una parte, se ha de promover la participación y el mantenimiento de las mujeres en sus puestos de trabajo, y por otra se ha de incentivar la utilización de los instrumentos de conciliación por parte de los hombres y la eliminación de las desigualdades en materia de ingresos y salarios". Por tanto, en el avance de la conciliación en corresponsabilidad se ha de apostar por medidas que no necesariamente reduzcan tiempos de trabajo, sino que apoyen la presencia de la mujer en la organización del trabajo, recurriendo a fórmulas que otorguen una mayor flexibilidad como el teletrabajo, o a fórmulas de trabajo flexible que permitan adaptar la jornada laboral a las responsabilidades de cuidado, pero sin que necesariamente resten compromiso e implicación con la esfera profesional[55]. Dicha falta de minoración salarial de las medidas de conciliación promoverá indirectamente la participación masculina en su utilización, debiendo asimismo diseñarse los permisos parentales de forma igualitaria e intransferibles para hombres y mujeres, como se ha hecho en España que se han unificado los permisos por nacimiento de hijos, en una sola situación denominada "suspensión por nacimiento y cuidado de menores" (RDL 6/2019). Es preciso configurar nuevos y efectivos derechos de titularidad masculina, realizando ajustes en las carreras de cotización por los cuidados familiares que no penalicen sus prestaciones y pensiones futuras[56].

En cualquier caso, es importante indicar que los resultados que pueden producir las normas jurídicas son limitados, sin que pueda generarse unas excesivas

55 RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E., "De la conciliación a la corresponsabilidad en el tiempo de trabajo: un cambio de paradigma imprescindible para conseguir el trabajo decente", Lex Social: Revista de derechos sociales, vol. 11, 1, 2021, pp. 62 y ss.

56 Vid. en profundidad, ARAGON GOMEZ, C., "La protección social del cuidado en el entorno familiar", en AA. VV., *Ser mujer y mercado de trabajo*, ejemplar mecanografiado, en prensa.

expectativas. Es cierto que su cambio de orientación es importante como palanca de cambio de la realidad social, pero no se puede obviar que nos adentramos en el universo de los hogares y de los usos del tiempo entre hombres y mujeres que están profundamente arraigados en la conciencia colectiva, siendo difícil la transformación que se pretende sólo desde el ámbito del Derecho. Resulta crucial la educación desde la infancia en igualdad entre hombres y mujeres en la escuela y en el hogar, para cambiar el sistema social basado en una segregación acerca de las funciones que están llamados a desarrollar en función de su sexo.

Finalmente, la última de las acciones que queremos invocar como imprescindible para el avance en conciliación es la relativa a la *inversión pública en una red de servicios de asistencia* que preste la atención y el apoyo debido, tanto al cuidado de menores, como a las personas mayores, enfermas y con discapacidad. Son cada vez más las voces europeas que reclaman como un derecho de los padres y personas con responsabilidades asistenciales a los "servicios de asistencia" para un adecuado equilibrio entre vida profesional y privada (punto 9"), así como "el derecho a cuidados de larga duración asequibles y de buena calidad, en particular de asistencia a domicilio y servicios comunitarios" (punto 18) del Pilar europeo de Derechos sociales en 2017. Una oferta de servicios de guardería o escuelas infantiles gratuita y una red de servicios de apoyo y cuidados de larga duración son cruciales para permitir que los progenitores y todos aquellos cuidadores que tienen responsabilidades en la atención de familiares puedan entrar y permanecer en el mercado de trabajo[57]. El acceso insuficiente a servicios asistenciales de calidad y asequibles es uno de los principales motores de la desigualdad de género en el mercado de trabajo. Hay un consenso generalizado de que una adecuada política de conciliación pasa por un gasto público suficiente que invierta en servicios de apoyo a la familia, que, además, de permitir el mantenimiento de los trabajadores en sus puestos de trabajo, y de modo especial el empleo femenino, es simultáneamente una potente actividad económica que conlleva una fuente de generación de empleo en el presente y en el futuro[58]. El cuidado no es una actividad hasta el momento digitalizable, ni puede ser objeto de deslocalización, sino que genera un trabajo personal y eminentemente relacional que reclama

57 HOFFMANN, F., & RODRIGUES, R., "«Informal carers: who takes care of them?"?» (Cuidadores informales: ¿quién los cuida?), Policy Brief, abril de 2010, European Centre for Social Welfare Policy and Research.

58 Por todos, AA. VV. (Molero Marañón, Mª.L., Dir.), *Dependencia (Long Term Care) y Empleo en el Estado del Bienestar,* Pamplona (Thomson Reuters-Aranzadi), 2018.

contacto directo, resultando imprescindible para el bienestar de las personas vulnerables, y creciente por el envejecimiento de la sociedad.

2.2.2. Segregación ocupacional, dificultad de la promoción profesional y falta de liderazgo femenino

Es un hecho incontrovertido que la participación de las mujeres en puestos de máxima responsabilidad y en el ejercicio de cargos de dirección en la gestión empresarial registra muy bajos niveles, siendo un déficit generalizado que se manifiesta de manera globalizada. Con disparidad en función del territorio, las mujeres de forma excesivamente lenta están asumiendo cargos de poder, pero el mundo está todavía muy lejos de la paridad, pese a que sus niveles de formación y cualificación han aumentado exponencialmente en las últimas décadas.

A nivel mundial, las cifras son elocuentes en la *infrarrepresentación* del colectivo femenino. Así a 1º de enero de 2020, su representación en los parlamentos nacionales (cámara baja y unicameral) había alcanzado el 24,9%, frente al 22,3% del año 2015. La proporción de representación femenina osciló entre más del 30% en Australia y Nueva Zelanda, América Latina y el Caribe y Europa, y sólo el 6,2% en Oceanía (excepto Australia y Nueva Zelanda). Los datos de 133 países y zonas muestran que las mujeres tienen ahora un mejor acceso a los cargos de toma de decisiones a nivel local, ya que ocupan el 36,3% de los escaños elegidos en los órganos deliberantes locales. Sólo el 13% y el 15% de los países, respectivamente, han alcanzado el equilibrio de género (40% o más) en los órganos legislativos de los parlamentos nacionales y en gobiernos locales. Este progreso se atribuye en gran medida a las cuotas de género legisladas[59]. Aún así, la representación de la mujer en el ámbito político es mayor que nunca contrastando con otras esferas de poder.

En 2019, las mujeres representaban el 39% de los trabajadores a nivel mundial y la mitad de la población mundial en edad de trabajar, pero sólo el 28% de los cargos directivos (en comparación con el 25% en 2000). Las mujeres se enfrentan a mayores obstáculos que los hombres para acceder al empleo, y cuando lo obtienen, muchas veces es un empleo informal o más vulnerable, excluyéndoselas por sistema de los cargos de toma de decisiones. En 2019, las mujeres ocupaban el 41% de los cargos directivos en Asia sudoriental y el 40%

59 Datos e información de la OIT, *Informe de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, 2020*, p. 37.

en América del Norte, pero sólo el 8% en África septentrional[60]. En el contexto de la COVID-19, es fundamental que las mujeres estén representadas equitativamente en los cargos de liderazgo vinculados a la pandemia; dicha inclusión ayuda a evitar que se profundicen las desigualdades existentes, y garantiza que se incluya la dimensión de género y las inversiones que implican en la legislación sobre la respuesta y la recuperación, los paquetes económicos y los presupuestos durante la pospandemia[61].

Indudablemente, esta dificultad para ascender a los puestos de poder en las organizaciones tiene una explicación *multicausal*, pero seguramente una de las razones determinantes de dicho problema para promocionar y ejercer el liderazgo es la elevada carga que tienen en las responsabilidades familiares y de cuidado. Dicha asunción les impide tener la misma disponibilidad que los hombres, y dar la respuesta de implicación que exigen los cargos de dirección, sin contar que la contingencia de maternidad les interrumpe su carrera profesional, produciéndose toda una serie de obstáculos en el camino que provoca que con frecuencia las mujeres se vean excluidas sistemáticamente en los sectores y puestos más masculinizados, o que se autoexcluyan ellas mismas de dicha promoción.

En la región europea, hay más mujeres que hombres con titulación universitaria, y sin embargo, el colectivo femenino sigue estando infrarrepresentado en las profesiones de mayor nivel retributivo, ocupando los empleos y sectores poco remunerados y en los puestos más bajos, sufriendo una elevada segregación ocupacional, tanto vertical como horizontal[62]. Una quinta parte de las trabajadoras en el mundo se encuentra en los sectores de la educación, salud y trabajo doméstico[63]. Como se ha puesto de relieve en el apartado anterior, hay una presencia muy resistente a los estereotipos de género que pesan en la valoración económica de las capacidades de las mujeres y de los hombres y de los trabajos que ejecutan ellas. Si la calidad de estos empleos es muy baja, el incentivo para

60 OIT, *Informe de los Objetivos de Desarrollo Sostenible 2020*, p. 37.

61 Vid. NEXT GENERATION EU, Plan adoptado en la UE para la recuperación en el que se apuesta por una reconstrucción "sostenible y resilente", y se apoya la digitalización, el cambio climático, y en el Presupuesto 2021-2027 se apoya la igualdad de género.

62 INFORMEPISA2019, http://www.oecd.org/pisa/PISA%202018%20Insights%20and%20Interpretations%20FINAL%20PDF.pdf ; Comisión Europea: «Women in the Digital Age – Final Report» (Las mujeres en la era digital. Informe final), 2018; y Foro Económico Mundial: «Global Gender Gap Report 2020» (Informe mundial sobre la brecha de género 2020).

63 Iniciativa del centenario de la OIT relativo a las mujeres en el trabajo: impulso en favor de la igualdad, dentro de las Siete iniciativas del Centenario de la OIT.

trabajar en ellos es escasa para las mujeres y nula para los hombres; por consiguiente, la mejora de esto nichos de empleo traducida en una revalorización de sus condiciones de trabajo es clave para avanzar en igualdad[64].

A nivel global las mujeres ganan menos que los hombres, habiendo una *brecha salarial de género* plenamente asentada, cuyas razones son en muchos casos opacas, siendo el principio de transparencia retributiva una de las premisas fundamentales en las que se debe apoyar el avance en la igualdad salarial, tal y como ya indicó con la claridad la Recomendación de la Comisión Europea de 7 de marzo de 2014. Cuando se dispone de información sobre los niveles salariales es más fácil detectar las brechas y la discriminación: la falta de transparencia es una de las causas porque las mujeres no saben o no pueden demostrar que están peor retribuidas. Son numerosos los instrumentos normativos internacionales que han apoyado dicho principio de igualdad de retribución para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor. Indudablemente, la OIT históricamente ha abanderado la igualdad retributiva entendida como igual retribución por trabajo de igual valor, considerándolo de importancia particular y urgente en su Constitución de 1919, consagrado posteriormente por el Convenio nº 100, sobre igualdad de remuneración en el año 1951[65].

Realidad que en el marco europeo se ha preconizado desde los Tratados de 1957 en el antiguo art. 141 TCE y numerado como art. 119 antes del Tratado de Ámsterdam y actual artículo 157 TFUE, y en la crucial labor realizada por el TJUE en la definición de qué debe entenderse por trabajo de igual valor[66]. No obstante, lo cierto es que la brecha salarial continua y persiste, dando lugar a la propuesta de Directiva para fortalecer la aplicación del principio de igual remuneración por igual trabajo o trabajo de igual valor entre hombres y mujeres a través de la trasparencia y los mecanismos de ejecución adoptada el 4 de marzo de 2021[67]. A este respecto, es clave analizar el papel de los interlocutores sociales,

64 RAMOS QUINTANA, M.I., "Las mujeres y el futuro del trabajo en el centenario de la OIT", *cit.*, p. 128.

65 Por todos, LOUSADA AROCHENA, J.F., "La igualdad retributiva de mujeres y hombres en la acción de Naciones Unidas y la Organización Internacional del Trabajo", *Revista Documentación Laboral* (2018), Vol. III, nº 115, pp. 38 y ss.

66 BALLESTER PASTOR, Mª.A., "La discriminación retributiva por razón de sexo en la Unión Europea", *Revista de Documentación Laboral* (2018), Vol. III, nº 115, pp. 10 y ss.

67 En el seno de la Unión Europea puede consultarse en https://www.europarl.europa.eu/news/es/headlines/society/20200227STO73519/brecha-salarial-de-genero-en-europa-hechos-y-cifras-infografia.

y de modo particular el papel de los sindicatos en la negociación de convenios, acuerdos y en su caso planes de igualdad en los que se esta demostrando la dificultad de incorporar la perspectiva de género en la valoración económica de los trabajos feminizados, y en general en la propia negociación colectiva, que reproduce los sesgos de género de las sociedades en las que están inmersos, puesto que falta representación femenina también en las cupulas de las organizaciones sindicales[68]. La justa valoración del trabajo realizado por las mujeres es una de las asignaturas pendientes a día de hoy.

Según la Estrategia Europea 2020-2025, las empresas, las comunidades y los países deberían estar dirigidos tanto por mujeres como por hombres, en toda su diversidad. El hecho de ser mujer u hombre no debería influir en la elección de carrera profesional, pero la realidad es que dicha elección viene condicionada por la formación previa. Y, como ha dicho con acierto, RAMOS QUINTANA, "las elecciones educativas no son ajenas a los estereotipos sociales vinculados al género (…) los procesos de feminización o masculinización en el ámbito de la formación y acceso al conocimiento constituyen la base originaria a partir de la cual sobreviene la segregación de actividades y sectores atendiendo a roles de género previamente establecidos"[69].

La Estrategia ha establecido como uno de los objetivos nucleares, lograr el equilibrio de género en la toma de decisiones y en la política. Todavía hay muy pocas mujeres en puestos directivos, tanto en lo que afecta a la política como en los organismos públicos donde se ha avanzado más por obra de las medidas que exigen cuotas, como en los altos tribunales o los consejos de administración de las empresas en los que continúan siendo una excesiva minoría[70]. En efecto, las mujeres están presentes en la justicia, en el empleo público y en el privado, pero sólo en los niveles más bajos hay paridad. Para un liderazgo efectivo, es imprescindible que haya representación tanto de mujeres como de hombres. Hace falta

68 Me permito remitir a MOLERO MARAÑÓN, Mª. L., "Derecho de negociación colectiva desde la perspectiva de género: Balance y retos de futuro", en *La negociación colectiva:* Balance y retos de futuro tras 40 años de Constitución, XXXI Jornada de Estudio sobre Negociación colectiva, Madrid (MTMSS), 2019, pp. 142-144.

69 RAMOS QUINTANA, M., "Carrera profesional de las mujeres y promoción en el trabajo: un análisis jurídico con perspectiva de género" en AA.VV. (López López, J., Coord.), *Derechos y Género*, Albacete, 2019, p. 87.

70 Las mujeres sólo representan el 7,5 % de los consejos de administración y el 7,7 % de los directores ejecutivos de las principales empresas de la Unión Europea y asciende al 32,2 % de los parlamentarios nacionales de la Unión Europea (Estrategia Europea 2020-2025).

un liderazgo inclusivo y diverso para resolver los complejos desafíos a los que se enfrentan hoy en día los responsables de la toma de decisiones. Más inclusión y más diversidad son esenciales para impulsar nuevas ideas y planteamientos innovadores que puedan servir mejor a una sociedad de la UE dinámica y diversa. Disponer de una amplia gama de talentos y capacidades contribuye a mejorar la toma de decisiones y la gobernanza empresarial e impulsa el crecimiento económico. A pesar de algunos avances en los últimos años, las mujeres siguen estando infrarrepresentadas en los puestos de toma de decisiones en las empresas y la industria europeas, estando plenamente vigente el techo de cristal[71]. En aras de dicho objetivo, la Comisión Europea propone que se haga realidad la propuesta de la Directiva de 2012 que perseguía la mejora del equilibrio de género en los consejos de administración, que establece el objetivo de un mínimo del 40 % de los miembros no ejecutivos del sexo infrarrepresentado en los consejos de administración de las empresas[72].

No obstante, dicho déficit esta presente a nivel global, siendo necesario, como indica la OIT en el Informe de la Comisión Mundial del Centenario, impulsar *medidas de acción positiva,* que fomenten el sistema de cuotas o cupos en la alta dirección, que potencien "la voz, la representación y el liderazgo femenino", siendo fundamental que los gobiernos, y las organizaciones sindicales y de empleadores, promuevan "una mayor representación de la mujer y den su apoyo a esta medida".

Finalmente, se ha de tener en cuenta que dicha infravaloración del trabajo femenino y esa falta de capacidad de liderazgo puede incrementarse en el futuro, si no se remedia *la brecha digital que también se produce entre hombres y mujeres*. En el contexto digital, que se ha incrementado exponencialmente con la pandemia, y que ha incidido en la economía y en el mercado de trabajo de forma transversal y que va a tener una repercusión evidente en el futuro, de nuevo las mujeres sólo representan el 17 por 100 de las personas que estudian o trabajan en el campo las tecnologías de la información y comunicación en la propia Unión Europea[73]. Consecuentemente, la importancia de tener y acreditar competen-

71 Base de datos del Instituto Europeo de la Igualdad de Género (EIGE), Estadísticas de igualdad de género, Las mujeres y los hombres en la toma de decisiones, 2019.

72 Varios países que han introducido medidas legislativas pertinentes (Francia, Italia, Bélgica, Alemania y, más recientemente, Austria y Portugal) han registrado resultados positivos. Véase https://eige.europa.eu/publications/gender-equality-index-2019-report/more-gender-equality-corporate-boards-only-few-member-states .

73 https://ec.europa.eu/eurostat/web/products-eurostat-news/-/EDN-20180425-1 .

cias específicas en el terreno de las TICS resulta un factor crucial en la posición que va a ocupar en el futuro la mujer en el mercado de trabajo, si se considera que el 90 % de los puestos de trabajo requiere capacidades digitales básicas. Por supuesto, la brecha digital es bien distinta en función de la conectividad digital del país, pero resulta un lugar común la falta de formación y habilidades digitales de las mujeres respecto a los hombres en los trabajos vinculados con la Industria 4.0, que condicionan la empleabilidad del sexo femenino y también la naturaleza de los puestos llamadas a ocupar, frenando la posibilidad de ocupar puestos de responsabilidad[74].

Consecuentemente, y a pesar de que las competencias digitales requeridas para cada empleo difieren según el sector de actividad y ocupación, para superar la brecha de género en competencias digitales, es necesario fomentar la adquisición y desarrollo de dichas competencias avanzadas por parte de las mujeres, tanto en edades tempranas como a lo largo del curso de la vida a partir de la formación continua[75]. Dicha circunstancia se ha agudizado todavía más tras la pandemia del COVID-19 que ha puesto al descubierto la importancia de la digitalización en el desarrollo del teletrabajo[76]. Por tanto, en cualquier plan de futuro es necesario articular medidas específicas hacía las mujeres sobre educación digital, incentivando la elección de disciplinas de perfil técnico o de las denominadas profesiones STEM como se tiene la intención de abordar en Europa en el Plan de acción sobre Educación digital y a través de la aplicación de la Declaración ministerial de compromiso sobre las "Mujeres en el ámbito Digital".

2.2.3. *El aumento de la violencia frente a la mujer: La trascendencia del Convenio OIT nº 190 sobre la violencia y el acoso y la Recomendación nº 206*

Como ha indicado la OIT, la violencia en el trabajo afecta de manera desproporcionada a la mujer frente al hombre, siendo éste el sujeto activo de la mayoría de los comportamientos intimidatorios y de abuso que sufre el sexo

74 FERREIRO REGUEIRO, C., "Liderazgo femenino ante la cuarta revolución industrial", *Revista de Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social* (2019), Número Extraordinario Mujer en el Futuro del Trabajo, p. 153.

75 GARCIA GIL, B., "La segregación ocupacional y la valoración de puestos de trabajo en relación con el género", en AA.VV., *Ser mujer en el mercado de trabajo*, en prensa, 2021, ejemplar mecanografiado, pp. 16 a 18.

76 CASAS BAAMONDE, Mª.E., "El Derecho del Trabajo, la digitalización del trabajo y el trabajo a distancia", *Revista de Derecho de Relaciones Laborales* (2020), nº 11, pp 1413 y ss.

femenino en unas relaciones de trabajo, en que lo más habitual es que quien ocupa la posición de dominio es el hombre. Dicha relación de subordinación que materializa las diferencias de sexo-género la colocan en una situación de debilidad (Preámbulo del Convenio nº 190). Antes de evaluar los efectos de la pandemia, es preciso llamar la atención de que con anterioridad a esta crisis, se había comenzado a poner al descubierto que la violencia de género y el acoso sexual en el ámbito laboral era una realidad aceptada y admitida mucho más de lo previsible en el entorno de trabajo, alcanzando cotas de normalidad inadmisibles, que ponía trabas a las medidas que pretendían combatir dichos comportamientos sexistas, abusivos y machistas que se daban en las organizaciones productivas. En efecto, las consecuencias que podían provocar las denuncias de las mujeres para la pérdida de su puesto de trabajo, u otras derivadas, como frenar su carrera profesional, al calificarse en ocasiones de mujeres conflictivas, provocaba que en el entorno laboral no se propiciara que hubiera mecanismos efectivos de tutela que promovieran la denuncia o la activación de los protocolos de prevención. De este modo, creo que se puede afirmar sin miedo a equivocarnos, que la mujer en el ámbito de trabajo ha vivido en un contexto de indefensión frente a los sujetos más poderosos[77].

Además, no se puede obviar que dicha debilidad se agrava en ciertos grupos que pertenecen a colectivos discriminados como las mujeres con discapacidad, inmigrantes, o el colectivo LGTBI que se enfrentan a diversas formas de discriminación, que se entrecruzan entre sí, siendo víctimas de un trato vejatorio múltiple. La pandemia de la COVID-19 puede arraigar aún más las modalidades existentes de discriminación y estigmatización de estos grupos, siendo muy necesario que se adopten medidas para hacer frente a las diversas formas de discriminación interrelacionadas (Informe ODS 2020)*.

Frente a dicha gravísima realidad, que ha hecho decir a la Comisión Europea que la violencia dirigida contra una mujer "porque es una mujer", "sigue sin denunciarse y aún se subestima, tanto dentro como fuera de la Unión Europea,

77 A este respecto, es interesante transcribir la primera definición de acoso sexual por la Recomendación General nº 19 del Comité de Naciones Unidas para la eliminación de la discriminación contra la mujer (Comité CEDAW) de 1992, que lo conceptualiza, de siguiente modo: «un comportamiento de tono sexual tal como: contactos físicos e insinuaciones, observaciones de tipo sexual, exhibición de pornografía y exigencias sexuales, verbales o de hecho, aclarando que es discriminatorio cuando la mujer tiene motivos suficientes para creer que su negativa podría causarle problemas en el trabajo, en la contratación o el ascenso inclusive, o cuando crea un medio de trabajo hostil".

siendo uno de los mayores retos de nuestras sociedades"[78] comienza a emerger una intensa corriente contra ese silencio cómplice. Así, y de la mano de movimientos colectivos como el MeToo o las manifestaciones del 8 de marzo en todo el mundo, se promueve el respaldo a las denuncias y la no aceptación de comportamientos abusivos y de malos tratos a los que se enfrentan las mujeres y niñas por razón del trabajo. De esta forma, y de manera incipiente antes de la crisis sanitaria se van empoderando las mujeres compartiendo sus experiencias, y animándose a reivindicar la tutela judicial ante los tribunales. No es momento de examinar en profundidad la violencia sufrida por el sexo femenino en todas sus dimensiones, sino que nos limitamos al mundo laboral[79]. Según ha indicado recientemente la OIT, la violencia de género y el acoso por razones de género se mantienen en niveles alarmantes, debiendo eliminarse las barreras legales, sociales y económicas que impiden su empoderamiento (ODS 5º). No obstante, la pandemia no ha contribuido a la mejora de la situación, sino que ha distanciado dicho objetivo, al crear unas condiciones que han provocado el aumento del nivel de violencia que sufren las mujeres por, al menos, dos circunstancias relevantes.

La primera viene determinada por la vuelta de la mujer a su domicilio, bien por el aumento del teletrabajo, bien por tener que asumir una mayor carga de cuidado por el cierre de los centros donde se prestaba (escuelas, centros de día, etc) perdiendo su trabajo u horas de trabajo, situándolas en una mayor posición de *aislamiento*. Es sabido que el confinamiento por la crisis sanitaria ha provocado la reclusión que ha conducido a que quien convivía con parejas abusivas, se haya puesto en mayor riesgo de violencia doméstica, pero sin duda

78 Una Unión de la Igualdad: Estrategia Europea para la Igualdad de Género 2020-2025.

79 Incluso antes de la pandemia, la violencia física y sexual contra las mujeres era muy común. Según las encuestas realizadas entre los años 2005 y 2017 en 106 países, el 18% de las mujeres y niñas de 15 a 49 años de edad que tuvieron alguna vez una relación de pareja fueron víctimas de este tipo de violencia por parte de su compañero íntimo actual o anterior, en los 12 meses anteriores a la encuesta. Los datos de varios países ya muestran un aumento de las denuncias de violencia doméstica a través de las líneas telefónicas de ayuda, en los refugios y albergues de mujeres y ante la policía. Al examinar esos datos, *es importante tener presente que menos del 40% de las mujeres que sufren violencia denuncian este delito o buscan ayuda.* El hecho de estar confinadas en sus casas con un compañero abusivo y, en algunos países, no tener acceso a teléfonos móviles o a Internet, hace que sea más difícil para las mujeres buscar ayuda de manera segura. Según los datos de 66 países correspondientes al período comprendido entre 2016 y 2018, la tasa promedio de mujeres que poseen teléfonos móviles es 6,8 puntos porcentuales inferior a la de los hombres. También es más probable que los teléfonos de las mujeres sean supervisados por compañeros abusivos o controladores. Además, debido a las interrupciones y cierres de servicios, las mujeres que sufren violencia tienen menos acceso al apoyo y es posible que no busquen o no puedan recibir atención médica, si la necesitan (OIT, *Informe de los Objetivos de Desarrollo Sostenible* (ODS 5º), p. 36.)

también ha repercutido en las relaciones laborales, al dificultar la conciliación, por la confusión entre el espacio de trabajo y la vida privada y por el incremento en las obligaciones de cuidado. Pero, a los efectos que ahora interesa, dicho retorno al domicilio ha reforzado los roles tradicionales de género, provocando un empeoramiento de su situación, al no relacionarse con el resto de plantilla, quedándose en una posición de mayor vulnerabilidad frente a los comportamientos de acoso que pudieran sufrir en la organización del trabajo, y con menos controles que en los centros de trabajo tradicionales.

La segunda causa del aumento de la violencia frente a la mujer viene directamente condicionada por el incremento de la precariedad de sus contratos. El aumento de la parcialidad, la elevación del nivel de trabajo no declarado, su ocupación intensa en la llamada economía informal que no sólo tiene impacto en sus ingresos, sino también en su protección social, le condicionan su posición dentro de las estructuras productivas que le conducen a aceptar comportamientos inadmisibles por mantener su puesto de trabajo. En suma, la mayor feminización de la pobreza y la pérdida de los recursos económicos de las mujeres provocada por la crisis sanitaria le obliga a tolerar entornos laborales hostiles, y le dificulta la autonomía en sus decisiones y el empoderamiento, cuya premisa ineludible es la independencia o suficiencia económica.

De otro lado, como se tratará más adelante, la pandemia ha acelerado el proceso de digitalización de las organizaciones productivas, generalizando la interacción social también en las relaciones de trabajo a través de las tecnologías de la comunicación que en este terreno ha provocado un incremento de las situaciones denominadas de "ciberacoso". Como ha indicado la Estrategia Europea 2020-2025, "la violencia en línea dirigida a las mujeres ha proliferado, con consecuencias concretas alarmantes", suponiendo un obstáculo a la participación de las mujeres en la vida pública. El acoso, la intimidación, los insultos en las redes sociales se han intensificado, puesto que el medio digital implica una doble connotación que no se da en el contexto presencial, y que sin duda lo facilita. Por una parte, una grave impunidad de la que goza el autor, al resultar más fácil encubrir la autoría, escudándose en el anonimato de la red muy difícil de investigar, y por otra, un efecto multiplicador en su difusión, que tiene una repercusión profunda en la vida cotidiana de las mujeres, incrementando automáticamente el daño a la víctima[80]. Al respecto, se ha de llamar la atención

80 Vid. sobre sus notas configuradoras, ALVAREZ DEL CUVILLO A.: "El ciber acoso en el trabajo

de que son muy escasas las previsiones normativas que tratan dicha ciber violencia, cuya noción integra tanto el ciberacoso sexual como el ciberacoso por razón de género.

En este sentido, se ha de llamar la atención sobre el Convenio OIT nº 190 en el que por primera vez una norma de esta naturaleza hace alusión a esta posibilidad de manifestación del acoso, previendo la prohibición del acoso por razón de género y específicamente el acoso sexual, "en el marco de las comunicaciones que estén relacionadas con el trabajo, incluidas las realizadas por medio de tecnologías de la información y de la comunicación (art. 3 d))[81]. Asimismo, la Comisión Europea ha realizado dos importantes propuestas en la Estrategia Europa de Igualdad de Género 2020-2025, que incide en las responsabilidades de las plataformas en línea con respecto a los contenidos difundidos por los usuarios. De esta forma, la futura norma de servicios digitales estipula que se adoptarán medidas para atajar las actividades ilícitas en línea, protegiendo los derechos fundamentales. Y, también, se prevé posibles reacciones de los usuarios ante comportamientos que pueden no ser ilícitos, pero que pueden tener consecuencias devastadoras para las víctimas, por su contenido abusivo o nocivo. Finalmente, de forma expresa se hace referencia a la protección de "la seguridad en línea de las mujeres", facilitando el desarrollo de un nuevo marco de cooperación entre las plataformas de internet[82].

Si se tiene en cuenta la ordenación normativa, es preciso reconocer que fue en el marco estadounidense donde por primera vez se catalogó dicho comportamiento en la década de los 70[83], prosiguiéndose en la región europea con la adopción del crucial Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia de las mujeres y la violencia doméstica firmado el 11 de mayo de 2011 –"Convenio de Estambul"- , que preconiza un enfoque integrado con

como categoría jurídica", *Revista Temas laborales*, (2021), nº 17, pp.167 y ss

81 Vid. al respecto, el análisis realizado por la OIT., "Actualización de las necesidades del sistema: Mejora de la protección frente al ciberacoso y a la violencia y el acoso en el mundo del trabajo posibilitados por las TIC", en línea: https://www.ilo.org/global. También, el estudio de MOLINA NAVARRETE C. "El ciberacoso en el trabajo. Cómo identificarlo, prevenirlo y erradicarlo en las empresas", Madrid, Wolters Kluwer, 2019, pp. 414 y ss "Redes sociales digitales y gestión de riesgos profesionales: prevenir el ciberacoso sexual en el trabajo, entre la obligación y el desafío" La Ley, Madrid, (2019), p. 11.

82 Partiendo de la cooperación en el marco del Foro de la UE sobre Internet, que dio lugar a la adopción del Código de conducta de la UE para luchar contra la incitación ilegal al odio en línea.

83 Vid. FARLEY, L., Sexual shakedown: the sexual harassment o women on the job, (Mc Graw Hill), 1978 y MACKINNON, C. Sexual harassment of working women, (Yale University Press), 1979.

el objetivo de eliminar cualquier formar de violencia contra la mujer y eliminar toda forma de discriminación entre hombre y mujer. Este Convenio supuso el primer mecanismo vinculante en Europa para proteger, prevenir y eliminar todas las formas de violencia contra las mujeres, reconociendo *la violencia contra las mujeres como una vulneración de los derechos humanos*. El art. 5.2 obliga a los Estados miembros del Consejo de Europa y los demás signatarios del Convenio, a que las partes tomen las medidas legislativas y otras necesarias, para actuar con la diligencia debida para prevenir, investigar, castigar y conceder una indemnización por los actos de violencia incluidos en el ámbito de aplicación de este Convenio. No obstante, realmente, no fue la primera norma europea, sino que con anterioridad, se habían adoptado disposiciones bien relevantes con el objetivo de evitar y tutelar dichas situaciones en la vigente Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, en la que se recoge las definiciones de acoso y de acoso sexual, considerando que dichos comportamientos son contrarios al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres y constituyen discriminación por razón de sexo a efectos de la presente Directiva, debiendo merecer sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias[84]. Asimismo, es de obligada cita el Acuerdo Marco Europeo sobre el Acoso y la Violencia en el trabajo de 26 de abril de 2007.

Ahora bien, en la evolución normativa en esta materia, sin duda, constituye un hito histórico la aprobación del Convenio de la OIT nº 190 sobre la Violencia y Acoso, y la correspondiente Recomendación nº 206, sobre la Violencia y el Acoso. Pese a que se trata de un Convenio que hace referencia a la prevención y protección del acoso laboral en general, su articulado esta impregnado por un claro y acertado enfoque de género, que se pone de relieve desde la propia definición, hasta en el conjunto de medidas de protección que se adopten al

84 Fue la Directiva 2002/73/CE, la que tipifico las conductas de acoso sexual y las de acoso por razón de sexo, actualmente reguladas en la Directiva 2006/54/CE, que los define en su artículo 2, del siguiente modo: «acoso»: la situación en que se produce un comportamiento no deseado relacionado con el sexo de una persona con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de la persona y de crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo; «acoso sexual»: la situación en que se produce cualquier comportamiento verbal, no verbal o físico no deseado de índole sexual con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo. Vid. la obra de PEREZ DEL RIO, T., *La violencia de género en el ámbito laboral: el acoso sexual y sexista,* Albacete (Bomarzo), 2009.

respecto, en la que se deberá hacer una referencia específica a este enfoque[85]. Así y desde la propia definición de acoso, se incluye de forma separada la expresión "violencia y acoso por razón de género", para "designar la violencia y el acoso que va dirigido contra las personas por razón de su sexo o género, o que afectan de manera desproporcionada a personas de un sexo o género determinado, incluyendo el acoso sexual" (art. 1 b)), pero también se encuentra integrado dentro del mismo la definición general de violencia y acoso (1.a)). A este respecto, resulta de suma trascendencia la definición general que realiza de acoso dicha norma internacional, que además de no exigir reiteración, pudiendo bastar un solo comportamiento o práctica, incluye dentro del resultado, cualquier "daño físico, psicológico, sexual o económico", sin que tampoco obligue a requerir una intencionalidad por el sujeto infractor [86]. Por tanto, y ello es fundamental, ni la reiteración, ni la intencionalidad, constituyen elementos identificadores del acoso, sino que fundamentalmente modularan la sanción o la indemnización, pero no la misma existencia del acoso, sino su gravedad.

De otra parte, cabe destacar la amplitud del ámbito de aplicación que diseña para que opere la conducta prohibida que se adscribe de una forma extensiva al mundo del trabajo, no dejando resquicios, al integrar al que ocurre "durante el trabajo, en relación con el trabajo o como resultado del mismo" (art. 3). De otro lado, el término de trabajador se amplifica también, al incluir, "tanto a los trabajadores asalariados, a las personas que trabajan, cualquiera que sea su situación contractual, las personas en formación, incluidos los pasantes y los aprendices, los trabajadores despedidos, los voluntarios, las personas en busca de empleo y los postulantes a un empleo, y los individuos que ejercen la autoridad, las funciones o las responsabilidades de un empleador". Concluyendo con una referencia que extiende su materialización, tanto al sector privado como al público, pero lo más llamativo es que se aplica, "tanto a la economía formal como informal, en zonas urbanas como rurales" (art. 2), siendo que en el terreno de la informalidad es fundamental la función de las autoridades públicas.

85 MORENO SOLANA, A., "Acoso Sexual, Acoso por Razón de Género y Acoso Moral. Los refuerzos legislativos para un tema que no pasa de moda", en AA.VV., (Nieto, P., Dir.), *Las acciones públicas y privadas para lograr la igualdad en la empresa*, Madrid (Dickynson), 2021, pp..

86 LOUSADA AROCHENA, J. F., "El convenio 190 de la organización internacional del trabajo sobre la violencia y el acoso en el trabajo", Revista de Derecho Social, (2019), núm. 88, (versión electrónica).

No es momento de analizar de forma pormenorizada el texto del articulado del Convenio, pero si cabe destacar que su regulación incide en la doble dimensión que debe guiar la tutela. En primera instancia, se alude a la prevención, y a todo el conjunto de instrumentos y herramientas para la concienciación, formación y sensibilización de todos los sujetos implicados, incluyendo una identificación de los sectores u ocupaciones y de las modalidades de trabajo en los que los trabajadores están más expuestos a la violencia y al acoso, integrando sistemas de gestión de la seguridad y salud en el trabajo que tengan en cuenta dichos factores y los riesgos psicosociales asociados, que deberán ser objeto de evaluación. En segundo lugar, incide en la protección frente a los comportamientos de acoso, regulando de modo especial las responsabilidades del empleador, velando porque las victimas tengan acceso a las vías de recurso y reparación, previendo sanciones efectivas y apoyo a quienes denuncian, sin estigmatizarlas y con el abono de una indemnización apropiada (inversión de la carga de la prueba). En aras de dicha estrategia integral es fundamental, tanto la participación de las representaciones de los empleadores como de los trabajadores, como de las autoridades públicas -en especial, la inspección de trabajo- que cuenten con los medios necesarios para su investigación y persecución.

Indudablemente, la importancia del contenido de este Convenio nº 190 vendrá determinada por el número de ratificaciones que obtenga, que obligará a los Estados internamente a adoptar un enfoque inclusivo, integrado y que tenga en cuenta las consideraciones de género para prevenir y eliminar la violencia y el acoso en el mundo del trabajo. En este sentido, su ratificación implicara que el Estado desarrolle una legislación que defina y prohíba la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, con inclusión de la violencia y el acoso por razón de género [art. 7]. Hasta la fecha son 5 los países que lo han ratificado, siendo de suma trascendencia que así se haga, tal y como se pone de manifiesto en la Estrategia de Igualdad de Género 2020-2025, en la que expresamente se indica que la Comisión europea seguirá animando a los Estados a ratificar este Convenio nº 190, y a aplicar las normas vigentes de la Unión Europea sobre la protección de los trabajadores ante el acoso sexual, y a sensibilizar la población respecto de ellas. Desde esta perspectiva, hay un compromiso de la Unión Europea de hacer todo lo posible para prevenir y luchar contra la violencia de género, apoyar y proteger a las víctimas de los delitos correspondientes, y exigir responsabilidades por su comportamiento abusivo.

III. LA ACELERACIÓN DE LA DIGITALIZACIÓN EN LA ORGANIZACIÓN DEL TRABAJO QUE AHONDA EN LA BRECHA DE DESIGUALDAD

No podemos finalizar este estudio sin realizar una breve aproximación a las consecuencias producidas en la conformación de las relaciones de trabajo por la cuarta revolución industrial o "industria 4.0", desde un concreto enfoque que nos guía en todo momento en este análisis relativo a la igualdad en el trabajo. Indudablemente, la digitalización de la actividad económica y consecuentemente del mundo del trabajo se ha intensificado a raíz de la pandemia, habilitando servicios personalizados a distancia, permitiendo el mantenimiento de negocios a través de servicios en línea, o garantizando la continuidad de las prestaciones de trabajo a través del recurso al teletrabajo. No obstante, dichos cambios han implicado múltiples variaciones en las formas de trabajar y organizar la prestación de servicios, y en consecuencia en los propios vínculos que se formalizan bajo estos procesos. En buena lógica, el grado de desarrollo de este fenómeno no es homogéneo entre los países, y ni tan siguiera entre los grupos de empleadores y asalariados en un mismo país, estando intensamente condicionado por la naturaleza de la actividad, ocupación y puesto de trabajo, poniendo al descubierto las desigualdades sociales y económicas preexistentes en el tejido productivo.

En línea de partida, la automatización y la digitalización antes de la crisis sanitaria estaba provocando no sólo que algunos trabajadores hubieran quedado alejados del mercado laboral ante la masiva destrucción de puestos de trabajo, sino que también había provocado un empobrecimiento generalizado de los asalariados que se encuentran en activo. Dicha doble realidad unida a la crisis de alcance mundial producida por la COVID-19 ha conllevado una pérdida de empleo sin precedentes y un incremento estrepitoso de las *ratios* de pobreza. Ello es así, pese a reconocer que los avances tecnológicos que vienen de la inteligencia artificial, la automatización y la robótica han creado y crearán nuevos puestos de trabajo, pero se estima que quienes pierdan sus trabajos tendrán más dificultades para aprovechar las nuevas oportunidades, pudiendo quedar excluidos del mercado de trabajo. Las competencias de hoy no se ajustarán a los trabajos de mañana y las nuevas competencias adquiridas pueden quedar desfasadas rápidamente.

A este respecto, se alerta de que si la economía digital sigue como hasta el momento, se podrá ensanchar la brecha regional y la brecha de género[87].

87 OIT, *Trabajar para un futuro más prometedor. Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo*, 2019,

Por supuesto las competencias digitales de la población son bien distintas en función de la conectividad digital del país, pero en todo caso las autoridades internacionales y los interlocutores sociales han insistido que en este momento histórico es importante apostar por la formación continua y la readaptación profesional de la mano de obra que debe cualificarse para aprovechar las oportunidades y retos de la transformación digital en el mundo laboral. O dicho de forma más contundente, cada vez más la empleabilidad va a estar directamente condicionada por el aprendizaje adquirido en competencias digitales, puesto que una creciente mayoría de puestos de trabajo requieren competencias básicas[88]. Como se ha expuesto, existe un peligro cierto de *brecha digital de género* por la formación que eligen mayoritariamente las mujeres que perpetúan los roles sociales de género, sin que se deban quedar atrás de la transformación digital las mujeres por la falta de perfiles técnicos, que en caso de no corregirse ampliarán la desigualdad entre hombres y mujeres en el futuro. En este sentido, el entorno digital tiene un riesgo cierto de ampliar la desigualdad en el mundo del trabajo frente a determinados colectivos, como son los trabajadores de edad madura por la dificultad de su adaptación, los que viven en lugares geográficos aislados en los que hay una menor conectividad digital, o, finalmente, los que por sus recursos económicos tienen una dificultad del acceso a esta formación, quedándose progresivamente fuera del mercado de trabajo, que reclama nuevas competencias profesionales, agravándose la brecha digital en el futuro.

De otro lado, las tecnologías de la información y de la comunicación ha traído consigo la posibilidad de que se trabaje en cualquier lugar y en cualquier momento; fenómeno intensificado por la pandemia a través del teletrabajo, y por las limitaciones impuestas en la circulación de las personas como medida de protección[89]. No obstante, dicha alternativa organizativa ha quebrado la seguridad que impregnaba la normativa jurídico-laboral tradicional en los límites temporales y espaciales en el trabajo, poniendo en jaque conquistas sociales que se entendían consolidadas como la duración máxima de la jornada, y el derecho a los descansos como garantía esencial del derecho a la protección a la salud física

p. 18.

88 Sobre la importancia de la formación en el entorno digital, se pronuncia con contundencia el Acuerdo Marco de los interlocutores sociales europeos sobre Digitalización adoptado en junio de 2020, en el apartado relativo a Competencias digitales y empleabilidad.

89 Al respecto, RODRIGUEZ ESCANCIANO, S., "Implicaciones jurídico-laborales de la desregulación horaria y especial en la industria 4.0", *Revista de Estudios Latinoamericanos de Relaciones Laborales y de Protección social* (2021), nº 11, pp. 49 y ss.

y mental. Con el fin de contrarrestar dicho alargamiento de las horas de trabajo, ha emergido con intensidad la reivindicación de nuevos derechos digitales imprescindibles en el nuevo mundo de las relaciones laborales, como el *derecho a la desconexión digital* que ha comenzado a reconocerse en determinadas legislaciones internas de países europeos y se reclama ya de forma global[90]. Y es que el peligro de la hiper conectividad con la compañía amenaza derechos fundamentales de los trabajadores, como el derecho a la intimidad personal y familiar, y el derecho a la protección al descanso y la salud. Se ha normalizado que el poder empresarial traspase con la tecnología y con enorme facilidad los tiempos de descanso y de vida privada, dificultando la conciliación de las responsabilidades laborales con las de la vida familiar, ampliando las horas de trabajo *sine die*, todavía más si la fórmula de organización del trabajo es el teletrabajo[91].

A este respecto, se ha de reivindicar con contundencia que el empleador tiene el deber de garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores en todos los aspectos relacionados con el trabajo, evitando posibles efectos negativos, debiendo articularse una adecuada política de prevención en el ámbito de las organizaciones productivas. En suma, resulta cada vez más claro que en la era digital, los gobiernos y las organizaciones de los empleadores y trabajadores deben adoptar las medidas adecuadas para aplicar eficazmente los límites máximos de las horas de trabajo, haciéndose efectivo el derecho a la desconexión digital, cuya virtualidad depende de la corresponsabilidad de ambas partes de la relación de trabajo, pero en las que la negociación colectiva y la política interna de las propias empresas tiene un importante papel que jugar.

Finalmente, y desde una perspectiva distinta, no podemos dejar de aludir al nuevo modelo de negocio que se ha instalado en nuestro tejido productivo promovido por la invasión de internet y las tecnologías de la información y de la comunicación que ha traído consigo la expansión incontrolada de las *plataformas digitales de trabajo*, que constituyen un nuevo modo de organización de las empresas y de las relaciones de trabajo que subyacen. Desde 2010, el número de plataformas digitales que a nivel global facilitan el trabajo en línea se han

90 Vid. TRUJILLO PONS, F., *La "desconexión digital" en el ámbito* laboral, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2021 y TOSCANI JIMENEZ, D., y TRUJILLO PONS, F., Dirs., *La desconexión digital en el trabajo*, Pamplona (Aranzadi), 2021, y LOPEZ AHUMADA, J.E., "Trabajo en remoto y derecho a la desconexión digital ante el riesgo de la flexibilidad horaria", *Revista de Estudios Latinoamericanos de Relaciones Laborales y Protección social* (2021), Vol I, nº 11, pp. 77

91 Véase la interesante Resolución del Parlamento Europeo de 21 de enero de 2021 que relaciona toda una serie de recomendaciones para la Comisión sobre el Derecho a la Desconexión digital.

quintuplicado a nivel mundial[92]. Dichas plataformas configuran un modelo productivo radicalmente diferente a las empresas tradicionales, posibilitando la configuración de una empresa con una escasez de medios y estructura organizativa: a través de la una página web, una aplicación informática y un móvil se puede constituir una potente unidad de negocio plenamente productiva[93]. Se minimizan los costes de la infraestructura empresarial y se optimiza el beneficio empresarial, produciéndose el efecto de invisibilizar en parte a la plantilla que trabaja para la misma, que ya no se adscribe a un centro de trabajo físico al modo tradicional, visualizando a una empresa con tintes completamente distintos. En una primera aproximación, la prestación de trabajo se desenvuelve bajo una mayor autonomía organizativa, tanto del lado del trabajador, como del empresario, primando una flexibilidad en la organización del trabajo que gana en una mayor capacidad de adaptación ante el cambio de circunstancias. El uso de la tecnología digital posibilita una prestación de servicios enormemente flexible en el lugar de desempeño y en sus tiempos de ejecución, configurando un trabajo más ágil, dinámico y muy eficiente desde la óptica empresarial.

De esta forma, han emergido una serie de factores llamativos para la configuración clásica de la relación de trabajo asalariado que están realmente promovidos por un entorno digital que ha provocado una transformación decisiva en el modo de interacción social. Las relaciones laborales se mueven bajo parámetros distintos porque las relaciones interpersonales así lo hacen, encontrando su reflejo en el propio desenvolvimiento de la prestación de servicios[94]. El nuevo entorno digital facilita el contacto directo e inmediato, por una parte, y la comunicación de forma globalizada, por otra, pero sin embargo, el vínculo contractual resulta mucho más *despersonalizado* (puede que el empleador no llegue a conocer físicamente al sujeto que contrata), tanto en el proceso de selección, como en su desarrollo, como incluso en la extinción, que puede darse a través de la simple "desactivación de la plataforma". No hay al modo clásico una prestación diaria o

92 OIT, *Perspectivas sociales y del empleo en el mundo de 2021: El papel de las plataformas de trabajo digitales*, febrero 2021.

93 Sobre la problemática que plantean, constituyen obras de referencia, entre otras, las de TODOLI, A., y HERNANDEZ, M., Dirs., *Trabajo en plataformas digitales: innovación, derecho y* mercado, Pamplona (Aranzadi), 2018, RODRIGUEZ FERNANDEZ, Mª.L., Dir., *Plataformas digitales y mercado* de trabajo, Madrid (Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social), 2019 y GINES i FABRELLAS, A., *El trabajo en plataformas digitales. Nuevas formas de precariedad laboral*, Pamplona (Aranzadi), 2020...

94 Podríamos hablar de una manifestación de la Modernidad Liquida en las relaciones laborales que definió BAUMAN, Z., *Modernidad Liquida,* Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica. 1999.

habitual, sino que se puede concebir como ocasional, *reduciéndose el compromiso personal de ambas partes*[95]. El empresario no tiene una obligación concreta de atribuir un trabajo determinado al asalariado, pero tampoco el trabajador tiene una obligación estricta de llevar a cabo el servicio, pudiendo decidir si asume o no el servicio, admitiéndose, incluso, la sustitución del trabajador. No hay una prestación que se desenvuelve en un centro de trabajo, ni tan siquiera en un lugar fijo y predeterminado, ni tampoco los tiempos de trabajo son fijos o cerrados, teniendo el trabajador cierto margen de libertad a la hora de decidir sus horarios y sus descansos, utilizando a veces medios de producción propios (medio de transporte, ordenador, móvil, etc) y pudiendo asumir costes de su actividad. Todo ello produce que en un principio los trabajadores se incorporen a dichas plataformas, por considerarlas una oportunidad de empleo que resulta atractiva, al concederles cierto poder de decisión sobre el modo de organizar su prestación de trabajo.

Ahora bien, la realidad que impera mayoritariamente en estas plataformas es una realidad muy dura en sus condiciones de trabajo, con unos muy bajos ingresos, que les obliga a jornadas extenuantes para poder ganar un salario digno, con riesgo para su salud, y con una situación absolutamente inestable e insegura en sus expectativas profesionales, cuya cancelación en ocasiones resulta sumamente arbitraria, estando en muchas ocasiones plenamente subordinado a los poderes de mando de la plataforma. Las plataformas a través de la gestión de los algoritmos son quienes configuran los procesos de trabajo, limitando la eventual autonomía de los trabajadores. De esta forma, la plataforma es quien decide a quien asigna el servicio de los trabajadores disponibles, el número de pedidos, el modo de llevarlos a cabo a través de una previa formación on line, entrando dentro de su circulo organizativo, como demuestra su identificación como persona de la plataforma a través del logo, vestuario o marca de la propia empresa. Asimismo, por medio de sistemas de geolocalización, el empresario puede controlar al trabajador en todos sus movimientos, bordeando su privacidad, registrando con precisión tanto la imagen como el comportamiento del trabajador, así como todo un conjunto de datos que pertenecen al ámbito íntimo de la persona. Como se ha dicho con razón, "el trabajo en plataformas de microtareas y el trabajo mediante aplicaciones que conforma la economía

95 Vid. sobre los efectos que supone en las relaciones de trabajo, MOLERO MARAÑÓN, Mª. L., "El concepto de empleador en los últimos 40 años el Derecho del Trabajo español" *Revista de Estudios Latinoamericanos de Relaciones Laborales y de Protección social* (2021), nº 11, pp. 29 y ss..,

de plataformas podrán recrear prácticas laborales que se remontan al siglo XIX, pudiendo configurar generaciones de "jornaleros digitales"[96]. De hecho durante la pandemia, como ha hecho notar la OIT, dichos trabajadores han continuado prestando su actividad, sin poderse confinar, al no poderse privar de los ingresos, no teniendo generalmente derecho a las prestaciones sociales, si caían enfermos.

Su expansión se ha asentado en la proliferación del trabajo autónomo, representando un claro fenómeno de huida de la condición de trabajo asalariado con una merma evidente de sus derechos laborales y de protección social. En suma, aunque las plataformas deciden de forma unilateral las condiciones que rigen con los trabajadores que prestan el servicio, no se les otorga la protección que confiere la legislación laboral y la negociación colectiva, porque las plataformas niegan rotundamente que tengan una relación de empleo laboralizada con sus asalariados. No obstante, y al margen de la diversidad que presenta la economía de las plataformas digitales lo que si parece claro es que la valoración de las notas de la ajenidad y dependencia que configuran las relaciones de trabajo se debe apreciar bajo cánones distintos que en tiempos pasados, sin que la gestión algorítmica de la plataforma impida el enjuiciamiento[97]. Resulta fundamental identificar tras esa gestión quien ejerce los poderes empresariales de mando, de organización, control y sanción para determinar al fin y a la postre al empleador responsable de la relación laboral, siempre eso sí que dicha empleadora asuma los riesgos de la operación y sea beneficiaria de los frutos del trabajo.

En este sentido, resulta un exponente pionero y avanzado la reciente norma aprobada en España sobre las plataformas de reparto o distribución de productos que se inclina por una presunción de laboralidad, cuando se den las siguientes circunstancias en la prestación: "la actividad de las personas que presten servicios retribuidos consistentes en el reparto o distribución de cualquier producto de consumo o mercancía, por parte de empleadoras que ejercen las facultades empresariales de organización, dirección y control de forma directa, indirecta o implícita, mediante la gestión algorítmica del servicio o de las condiciones de trabajo, a través de una plataforma digital" (RDL 9/2021, de 11 de mayo).

96 OIT, Perspectivas sociales y del empleo en el mundo de 2021: El papel de las plataformas de trabajo digitales, febrero, 2021.

97 Vid. el estudio de SANGUINETTI RAYMOND, W., "El test de laboralidad y el trabajo prestado a través de plataformas digitales", en" *Revista de Estudios Latinoamericanos de Relaciones Laborales y de Protección social* (2021), nº 11, pp. 69 y ss.

En conclusión, es crucial que el trabajo que se encauce a través de la tecnología se regule en favor del trabajo decente. Ello significa que el enfoque de la inteligencia artificial se adopte bajo el "control humano" que garantice que las decisiones se adopten por personas, cuando afectan al mantenimiento del empleo y de sus condiciones de trabajo. Es cada vez más urgente que la legislación laboral contemple en su reglamentación a los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que con sus decisiones pueden encubrir auténticas discriminaciones, que ya se están generando en el marco de la igualdad de género[98], y que no deben escapar por sistema de la disciplina del Derecho del Trabajo. Las nuevas formas de negocio están mermando significativamente la posición que ocupan miles de empleados en el mercado de trabajo que no tienen derecho a participar en las decisiones de empresa que les afectan, ni de forma individual, ni colectiva. Dado que las plataformas operan a nivel internacional es fundamental una respuesta que se coordine políticamente en este mismo ámbito con el fin de que la economía digital se convierta en un poderoso motor de competencia leal y trabajo decente para todos, adoptando medidas concretas para garantizar la igualdad de oportunidades y la igualdad de género en los puestos de trabajo del mañana que las nuevas tecnologías harán posible. Desde este enfoque, se debería establecer un sistema de gobernanza internacional de las plataformas digitales del trabajo que exija a estas plataformas y a sus clientes que respeten determinados derechos y protecciones mínimas, de modo particular sobre la reglamentación del uso de datos y de la responsabilidad sobre el control de los algoritmos en el mundo del trabajo.

Como se indico en su momento, el futuro del trabajo exige cambios de gran calado similares a los que tuvieron lugar cuando se fundo la OIT. Se ha de dar un nuevo impulso al contrato social por parte de los gobiernos y las organizaciones de los empleadores y de los trabajadores. Es importante reconocer que el contrato social universal se ha aplicado de manera desigual en algunos países y de manera imperfecta en otros, integrando a la mayoría de los trabajadores de todo el mundo, y de manera particular a los que trabajan en la economía rural e informal, sin que queden fuera los cientos de empleados que se incorporan a través de los nuevos modelos de negocio del entorno digital. Consecuentemente, y derivado del impacto multifacético de la pandemia, en las propuestas que se articulen debe tener una intervención decisiva la OIT, y las organizaciones supranacionales en las distintas regiones, prestándose especial consideración, tanto

98 Estrategia de Igualdad de Género 2020-2025.

a las directrices y orientaciones de la Unión Europea*,, como a las medidas que se están negociando por los gobiernos internamente, revalorizándose el papel de los interlocutores sociales en la urgente necesidad de reconstruir economías y sociedades que sean más equitativas, resultando que la igualdad en el factor del trabajo resulta crucial para apoyar una convergencia más sostenible e inclusiva.

EL ESTADO Y LAS NUEVAS FORMAS DE VOZ COLECTIVA

THE STATE AND NEW FORMS OF COLLECTIVE VOICE

THE STATE AND NEW FORMS OF COLLECTIVE VOICE

BERND WAAS

Professor at Goethe University Frankfurt, Germany. Chair of Labour Law and Civil Law. Chairman of the German Section of the ISLSSL. Member of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations (CEACR) of the ILO. Coordinator of the European Labour Law Network (ELLN). Coordinator of a network of highly qualified legal experts which is part of the European centre of expertise in the field of labour law, employment and labour market policies (ECE) of the European Commission (DG Employment Social Affairs & Inclusion). Member of the Advisory Committee of the Labour Law Research Network (LLRN).

SUMMARY: I. Introduction. II. Platform Work and Digitalisation of the Workplace. 1. Platform Work: Online and Offline. 2. The Challenges. a) Worker Status. b) Organisational Obstacles. c) Weak Bargaining Power. III. Ensuring Collective Voice in the Digital Economy. 1. Channels of Collective Voice. a) Union Voice. b) Works Councils and Co-determination. c) Civil Society Organisations. 2. Existing Arrangements in the Platform Economy. a) The Actors. aa) The Role of Trade Unions. bb) Other Actors. b) Means. aa) Apps and AI: OUR Walmart. bb) Rating Platforms: Faircrowdwork.org. cc) The Visibility of a Platform and Public Pressure: Coworker.org. IV. The Role of the State. 1. Collective Voice: To what Extent is it the State`s Business?. 2. Areas of Action. a) Clarifying Employment Status. b) Collective Bargaining for Self-Employed Workers. aa) The Prohibition of Cartels and the Case Law of the CJEU. bb) The Position in the Member States. cc) International Law. dd) EU-Action. c) Opening-up other Channels. V. Conclusion

I. INTRODUCTION

The term „worker voice" has been widely used in literature on human resource management and industrial relations. Nevertheless, some may not be familiar with the concept behind it. A closer look reveals that such a uniform concept does not even exist. Many people understand the term in very different ways. For the purposes of this study, it is intended to be broad. "Worker voice" then refers to the ways and means by which workers can assert their interests vis-à-vis the employer and, in this sense, can effectively raise their voice and „have their say". It should be emphasised that this study is about the „collective voice", i.e. not about the assertion of a personal concern of an individual, but about the assertion of an interest of a group of workers.

The question of how workers can influence the decisions of employers is by no means a new one, but was already being asked in times when there were no labour law regulations to protect workers. *Adam Smith* already stated in *Wealth of Nations* that „the laborer['s] (…) voice is little heard and less regarded [except] upon some particular occasion, when his clamour is animated".[1] Since then, the problem has repeatedly been examined from different angles. Comparative

1 Quoted according to *Kaufmann*, Employee voice before Hirschman: its early history, conceptualization, and practice, in: Wilkinson/Dundon/Donaghey/Freeman (eds.), Handbook of Research on Employee Voice, 2015, 17 (18).

legal considerations have always played a special role. For example, it has been discussed time and again how systems of uniform representation of interests by trade unions relate to systems in which the assertion of employees´ interests is entrusted not only to unions but also to elected works councils. Since the conditions that influence the effective representation of workers´ interests are subject to constant change, the issue is never settled once and for all, but must continuously be re-examined. However, the changes in the labour market that can be observed for some time are dramatic, so that the issue of worker voice needs more than just a routine examination. The question is rather whether fundamentally new challenges have to be met with completely new concepts.

Indeed, the problem of securing workers´ voice has become a major issue for some time. This is mainly because in many countries and regions there has been a weakening of trade unions due to shrinking membership and a decline in collective bargaining.[2] The consequences triggered by this are now exacerbated by the platform economy and the digitalisation of the world of work, to say the least. For example, digitalisation has led to the emergence of new, hitherto unknown forms of employment, the legal classification of which is obviously causing great difficulties for the courts, but also for the academic literature. It may well be that some phenomena, such as the division of tasks into small and smallest subtasks on crowdwork platforms, are ultimately „old wine in new bottles".[3] It is also true that a historical perspective can be valuable in dealing with new phenomena. However, given the speed and force of change in the labour market, it is clear that simply sitting back and leaving things as they are is not an option when it comes to workers´ participation opportunities. The present study is intended to contribute to the upcoming discussion in this respect.

The starting point will be a sketch of the platform economy and the digitalisation of working life in general (II.). Much has already been said about this, so in the present context it can only be a matter of working out the main challenges that arise with regard to the adequate representation of workers´ interests. Subsequently, the problem of the employee voice will be examined in more detail (III.). This discussion will first focus on the channels of perception of employee interests, which have always played a role in the context of the discussion on sufficient employee voice. Despite all the innovations brought

2 Statistical data available at: https://stats.oecd.org/Index.aspx?DataSetCode=CBC

3 Cf. *Vandaele*, Will trade unions survive in the platform economy? Emerging patterns of platform workers' collective voice and representation in Europe, ETUI Working Paper 2018.05 (9).

about by digitalisation, this does not mean that the wheel has necessarily to be reinvented in terms of collective voice. For example, it may be a good idea for legislators to consider the possibility of collective voice for platform workers through elected works councils. The fact that this form of interest representation has been discussed in the literature for a long time is of course no obstacle. However, we must not leave it at that, but ask two further questions, namely, firstly, what forms of interest representation can already be observed today, and secondly, how effective interest representation can be ensured in the future. The latter question brings us closer to the role of the state, which will also be examined in more detail below (IV.). It is true that the legal and especially the constitutional framework may vary from country to country. However, it can hardly be denied that the state, and especially the state legislature, has a special responsibility to ensure that workers have sufficient opportunities to make their voices heard. In this respect, it is not only necessary to discuss the mandate of the state, but also to describe concrete tasks that the state should address in the current context. In all this, it will be useful to make some basic reflections, especially on the relationship between the state and the social partners. The study will conclude with a brief conclusion.

II. PLATFORM WORK AND DIGITALISATION OF THE WORKPLACE

The platform economy has developed rapidly in recent years and is becoming more and more important. For workers, it offers both advantages and disadvantages. The advantages should not be underestimated. To give just one example: A recent ILO report suggests that digital labour platforms have the potential to transform the livelihoods of young refugees. 4 However, despite the benefits associated with employment on platforms and the opportunities they open up for many, the low level of protection for workers is a cause for concern

1. Platform Work: Online and Offline

In the platform economy, the viewer is confronted with a bewildering array of different business models and contractual practices that are constantly changing. At least some clarity has been brought to the topic, though. Above all, the distinction between online and offline platform work has proved helpful.

4 ILO, Towards decent work for young refugees and host communities in the digital platform economy in Africa – Kenya, Uganda, Egypt, Geneva 2021.

Online work can be done anywhere, at home or on the road. All that is needed is a laptop and a Wi-Fi connection. In this context, we usually talk about crowdwork, which can include both micro and macro tasks. Offline work, on the other hand, is both time- and location-dependent, with work typically accessed via apps. This form of work is done either in public spaces (food delivery, ride hailing) or in private settings (cleaning, caring, etc.). While the platforms regularly operate on a national or even international level, the work itself is performed locally.

2. The Challenges

a) Worker Status

As already indicated, the digitalisation of the world of work has led to the emergence of forms of employment that were previously completely unknown. In the meantime, these forms of employment have been largely catalogued. However, their legal classification still poses difficulties. At the risk of oversimplifying things, it can be said that, from today's perspective, so-called crowdwork in particular can hardly be qualified as an employment relationship. Admittedly, the classification as an employment relationship is always a question of the individual case. As a rule, however, crowdworkers do not qualify as employees. In this context, lawyer encounter the additional difficulty that platform work usually involves three parties, so that the question to be answered is not only whether someone is an employee, but also who is the employer in this case. Again, the problem can be illustrated by the example of crowdwork: Is the company that places work orders on a platform considered an employer? Is the platform itself an employer? Or is it even both (company and platform) that together form something like a joint employer?

It is obvious that the question of the qualification of the employment relationship has a direct impact on the question of how to ensure effective representation of workers´ interests. If one thinks in this context of the representation of these interests by a trade union, the question arises whether the possibility of collective bargaining is opened up at all if workers are not qualified as employees but as (solo) self-employed. There is thus a risk that workers will have neither labour law rights nor be able to determine their working conditions with the other party through collective agreements. Even mere uncertainty about the legal classification of workers as employees or self-employed has negative con-

sequences. Moreover, the fact that employee, company and platform are linked by a triangular relationship not only affects the assessment under contract law, which is made considerably more difficult as a result. Rather, this problem also affects the enforcement of workers' interests under collective law, since - especially when assuming a joint employer position of company and platform - it is anything but clear how to negotiate under collective law in such a case. In any case, traditional negotiation structures could not be used in such a constellation.

b) Organisational Obstacles

In addition, apart from a climate that is often, characterised by a deeply negative attitude on the part of the platforms,[5] there are particular difficulties in organising workers in the platform economy. This is at least true for those workers who do their work online. In this case, the situation is characterised by the fact that workers are typically in a state of isolation. This applies first of all in spatial terms as workers do not work together side by side in the company, but are possibly scattered all over the world. In the literature it is said that the „dispersed geography is used against workers: opaque production networks conceal exploitative work practices from end-customers and end-clients; a lack of co-presence and an international labour pool of digital workers makes it hard to both organise place-based struggles for worker rights (e.g. picket lines) and enact solidarity with fellow workers on the other side of the planet".[6]

c) Weak Bargaining Power

There are also specific difficulties in other respects. In particular, the splitting of work tasks into small and smallest sub-tasks leads to a decrease in the need for workers to work together. The fact that cooperation often tends towards zero is anything but conducive to a unified representation of interests. On many platforms, it can even be observed that workers are virtually led into

5 Cf. only *Prassl*, Collective Voice in the Platform Economy – Challenges, Opportunities, Solutions, 2018 (14 et seq).

6 *Graham/Hjorth/Lehdonvirta*, Digital labour and development: impacts of global digital labour platforms and the gig economy on worker livelihoods, Etui, Transfer 2017, Vol. 23(2), 135 (155). See also *Johnston*, Labour geographies of the platform economy, International Labour Review, Vol. 159 (2020), No. 1, Special Issue: Future of work (Part II): Rethinking institutions for social justice, March 2020, 25 (40) referring to the „to the interjurisdictional, dis-embedded nature of crowdwork".

a competitive situation with others. Customer rating systems and the like play a central role in this. These conditions also form an obstacle to the collective representation of interests.[7] In addition to all this, work processes in the digital world are increasingly controlled by algorithms. This automatic and real-time algorithmic management not only causes an increasing asymmetry of information between workers and employers,[8] but also further reduces human contact.[9] Incidentally, this applies not only between workers themselves, but also between workers and representatives of the employer.[10] Finally, what makes effective organisation of workers´ interests completely difficult is the fact that platform workers are typically a very heterogeneous group whose composition is also subject to constant change. Moreover, for many platform workers, earnings from employment are not the main source of their income. Accordingly, it is often more obvious for them to give up platform employment altogether rather than to take up the fight for better working conditions.[11]

However, even if the interests of the platform workers can be brought together, either by workers themselves forming a trade union or by an existing trade union taking on their interests, the conditions for effectively asserting these interests against employers are not particularly favourable. The main reason for this is that their bargaining power of platform workers is often rather low. In

7 Cf. only *Heiland*, Workers Voice on Platform Labour – an Overview, WSI Study No. 21, July 2020 (21 et seq.).

8 Cf. in this regard, *Rosenblat/Stark*, Algorithmic Labor and Information Asymmetries: A Case Study of Uber's Drivers, International Journal of Communication 10(2016), p. 3758 who in conclusion note the following: „Uber´s claims regarding its labor model, which center on freedom, flexibility, and entrepreneurship, are complicated and contradicted by the experience of its drivers. Throughout our analysis, we have demonstrated how power and information asymmetries emerge via Uber's software-based platform through algorithmic labor logistics shaping driver behavior, electronic surveillance, and policies for performance targets. Through the Uber app´s design and deployment, the company produces the equivalent effects of what most reasonable observers would define as a managed labor force". On the point of algorithmic management, cf. most recently also *Schreyer*, Algorithmic work coordination and workers´ voice in the COVID-19 pandemic: The case of Foodora/Lieferando, Work Organisation, Labour & Globalisation , 2021, Vol. 15, No. 1 (2021), 69.

9 Cf. also on this *Heiland*, Workers Voice on Platform Labour – an Overview, WSI Study No. 21, July 2020 (24) stating that „worker´ voice becomes unlikely due to quasi non-existent contacts between workers".

10 Cf. on the latter aspect, for example, *Gearhart*, in: Graham/Shaw (eds.): Towards a fairer gig economy, London 2017, p. 13 (13): „Unions cannot collectively bargain with an algorithm, they can't appeal to a platform, and they can't negotiate with an equation".

11 Cf. again *Heiland*, Workers Voice on Platform Labour – an Overview, WSI Study No. 21, July 2020 (24).

the literature, a distinction is sometimes made „marketplace bargaining power" and 'workplace bargaining power' with the former relating to the desirability of workers' skills by employers and the latter referring to the power of workers stemming from their strategic position in a distribution or production process.[12] Looking at crowdwork in particular, and especially crowdwork in the form of the completion of micro tasks, there is no getting around the fact that the bargaining power that workers can bring to bear against employers is extremely limited.

Taking all these findings together, the picture is rather sobering: from a legal point of view, many platform workers are likely to be prevented from engaging in collective bargaining, and from a purely factual point of view, there are circumstances in many areas of the platform economy that make collective voice very difficult to achieve.

III. ENSURING COLLECTIVE VOICEIN THE DIGITAL ECONOMY

As already indicated in the introduction, individual voice, that is one-on-one voice in the form of individual discussion, usually on the shop floor with a supervisor, is outside the scope of this study which deals exclusively with collective voice. Collective voice can be expressed by workers directly or by workers' representatives collectively. Looking at the literature, there are clear differences in the evaluation of the efficacy of the different forms of voice. This also applies with regard to direct and indirect voice.[13] However, this subject should be left alone, as it seems unhelpful, almost cynical, to simply point out to workers in the gig economy that they could always (spontaneously) get together to raise their voices directly to the employer. Accordingly, one should concentrate on indirect voice, i.e. on independent channels like trade unions or other structures.

1. Channels of Collective Voice

a) Union Voice

When hearing the term „collective voice", most people probably associate it with trade unions This concept of „union voice" goes back to *Richard Freeman*

12 Cf. *Vandaele*, Will trade unions survive in the platform economy? Emerging patterns of platform workers' collective voice and representation in Europe, ETUI Working Paper 2018.05 (10 et seq.).

13 Cf. only *Allen*, Hirschman and voice, in: Wilkinson/Dundon/Donaghey/Freeman (eds.), Handbook of Research on Employee Voice, 2015, 36 (41) with further references.

and *James Medoff's* ground-breaking work *What Do Unions Do*?[14] There, the two authors distinguished between two main functions of trade unions, which they called the two „faces" of the trade union movement. The „monopoly face" refers to the ability of unions to raise wages above the market level. The „collective voice face"is influenced by *Hirschman's* so-called „voice or exit thesis".[15] This argument states that there are two ways to address problems in a social or economic context: „exit", which in the labour context is termination of the employment relationship, or „voice", which is the use of direct communication to bring actual and desired conditions closer together". According to *Freeman* and *Medoff*, the role of trade unions is to channel workers´ discontent. In this respect, they offer a productive alternative to a simple „exit".[16]

On an abstract level, trade union representation of workers´ interests has many advantages. While nun-union representation often focuses on information and consultation, trade unions are also concerned with resolving distributional issues. In principle, they also have the means of industrial action at their disposal, which increases their position vis-à-vis the employer side and gives them clout. Trade unions also often look beyond the confines of the individual workplace or company. Often they are active nationally and are also effective in the political arena. Increasingly, they also join forces with organisations from other countries.[17] However, for some time now, trade unions have been losing importance in many countries and regions, and the scope of collective agreements in particular is shrinking in many cases. Accordingly, there is a certain scepticism about the ability of trade unions to organise workers in sufficient numbers under the conditions of digital work and to represent their interests effectively.

b) Works Councils and Co-determination

If we look at the representation of workers' interests by elected interest representation bodies (works councils), the picture is also mixed: on the one hand, works councils have legally defined tasks and powers, so that they can rely

14 By *Freeman/Medoff*, What Do Unions Do?, 1984.

15 See *Hirschman*, Exit, Voice and Loyalty, 1970.

16 See *Kaine*, Union Voice, in: Wilkinson/Dundon/Donaghey/Freeman (eds.), Handbook of Research on Employee Voice, 2015, 170 (171).

17 Cf., for instance, *Kaine*, in: Wilkinson/Dundon/Donaghey/Freeman (eds.), Handbook of Research on Employee Voice, 2015, 170 (184).

on a firm legal position when representing workers´ interests.[18] On the other hand, problems may exist, not least in the relationship between works councils and trade unions. From the latter´s point of view, there is often the fear that works councils could undermine the power of the unions and are therefore detrimental to effective interest representation in the long run. In any case, it should be borne in mind that examples from individual countries – and with regard to the collective voice via works councils, reference is made primarily and repeatedly to the German example – cannot easily be transferred to other countries. The historical and socio-economic circumstances are often so different that a simple "analogy" is impossible. This also applies with regard to another form of employee participation, namely not that in the workplace, but that in the company. This so-called corporate co-determination is also pronounced in Germany. For example, half of the members of the supervisory boards of large corporations in Germany must be worker representatives. In this respect too, however, a warning must be sounded from the start against a simple „copy and paste" exercise.

c) Civil Society Organisations

In view of the weakness of many trade unions (and a certain decline in collective bargaining), interest is increasingly focused on the question of representation of workers´ interests by civil society organisations (CSO)[19] Indeed, it seems plausible to ask to what extent new actors „step in" when others – at least partially – fail. In this context, the literature has endeavoured to elaborate differences between the representation of workers´ interests by trade unions on the one hand and CSO´s on the other. It is not possible to go into this in detail in the present context. In any case, there is the key difference that trade unions orient their actions towards their membership – which are, after all, the workers – whereas CSO´s also have other interests in mind. This is not to say that workers´ interests cannot also be in safe hands with a CSO. It is even less

18 Legal regulation of their tasks and powers distinguishes works councils from joint so-called consultative committees. Their importance of the latter for the collective voice of workers seems limited precisely because without legal support they are often dominated by the employer; cf. *Pyman*, Joint consultative committees, in: Wilkinson/Dundon/Donaghey/Freeman (eds.), Handbook of Research on Employee Voice, 2015, p. 264 (277) with regard to SME´s, in particular.

19 Cf., for instance, *Heery/Abbott/Williams*, Civil society organizations and employee voice, in: Wilkinson/Dundon/Donaghey/Freeman (eds.): Handbook of Research on Employee Voice, 2015, 208 (221).

to say that CSO´s would not have ways and means of effectively representing workers´ interests. It is merely to say that, in contrast to trade unions, CSO´s are not exclusively concerned with workers´ interests, which raises the danger that the representation of workers is distorted by the simultaneous representation of „third party" interests.

2. Existing Arrangements in the Platform Economy

A look at the actual conditions in the platform economy shows that quite different forms of collective voice have formed including grassroots organisations, worker cooperatives and formal unions.[20]

a) The Actors

aa) The Role of Trade Unions

If we look at the way in which workers in the gig economy raise their voices, it seems plausible to first examine the role of trade unions. In this respect, it is noteworthy that there are signs of a certain „renaissance" of trade unions. In any case, a relatively recent study by the MIT showed that almost half of non-unionized workers in the US would join a union given the opportunity, including a majority of young workers and the lowest-paid workers. Nearly six in ten Americans still approve of labour unions –and the vast majority of those in a union still would still join again if asked.[21] If this is taken seriously – and there is every reason to do so – then all cannot yet be lost for the trade unions.[22]

Indeed, trade unions have come up with a few things to (better) represent the interests of gig workers. A 2019 report by the ILO lists some important activities: „The first approach is a legal strategy to address worker misclassification claims; the second approach has been the development of associations and alliances who provide services to gig workers and lobby on their behalf; and

20 Cf., for instance, also *Lenaerts/Kilhoffer/Akgüç* Traditional and new forms of organisation and representation in the platform economy, Work Organisation, Labour & Globalisation, Vol. 12, No. 2, Digital Economy and the Law (Winter 2018), 60.

21 https://gcgj.mit.edu/our-work/research/worker-voice-research.

22 Cf. *Walsh*, Why It Matters – There´s a worker voice gap in America. If it doesn't close, employees will continue to be left behind as the economy changes. And employers could miss out on innovation and improvement: https://mitsloan.mit.edu/ideas-made-to-matter/a-new-survey-takes-pulse-worker-voice-america.

the third has been a push for legal and regulatory reform at municipal and state levels in order to promote organizing and bargaining rights for gig workers".[23]

In addition, some unions have succeeded in gaining members in the platform economy. In this respect, the report states: „The ability of unions to integrate non-standard workers into collective bargaining or representation models may be a partial reflection of the strength of the labour movement industry-wide, regionally, or nationally". Unions like the German *IG Metall* have not only changed their by-laws and opened up to solo self-employed workers,[24] but are leading the way with innovative ideas to ensure union representation of platform workers. For instance, the union participated in the updating of the so-called „Crowdsourcing Code of Conduct" that was signed in 2017 by a couple of German platforms.[25] To ensure that this voluntary commitment does not remain a „toothless tiger", it has also installed an ombusperson together with the German Crowdsourcing Association and the platforms.[26]

It is also noteworthy that individual countries and regions report positive experiences with the regulation of platform employment through collective agreements. This applies, for instance, in Sweden, where a number of platforms have concluded sectoral collective agreements without there having been any industrial disputes beforehand.[27] In this respect, it is also interesting to note the assessment that algorithmic management practices could improve compliance with rules regulating platforms, provided that the co-determination institutions function.[28] However, it should not be forgotten in all this that Sweden is one of the few countries where union density is still high and collective bargaining coverage is strong. These conditions are often not met in other countries.

---

23 *Johnston/ Land-Kazlauskas*, Organizing on-demand: Representation ,voice, and collective bargaining in the gig economy, ILO Conditions and Employment Series No. 94, 2019, 5.

24 https://www.igmetall.de/ueber-uns/ig-metall-oeffnet-sich-fuer-solo-selbststaendige

25 Grundsätze für bezahltes Crowdsourcing/Crowdworking – Leitfaden für eine gewinnbringende und faire Zusammenarbeit zwischen CrowdsourcingUnternehmen und Crowdworkern [Principles for Paid Crowdsourcing/Crowdworking – Guidelines for a Profitable and Fair Cooperation between Crowdsourcing Companies and Crowdworkers]: http://crowdsourcing-code.de.

26 https://ombudsstelle.crowdwork-igmetall.de/de.html.

27 Cf. *Söderqvist/Bernhardtz*, Labor Platforms with Unions Discussing the Law and Economics of a Swedish collective bargaining framework used to regulate gig work, Working Paper, 2019:57. Cf. also Jesnes/*Ilsøe/Hotvedt*, Collective agreements for platform workers? Examples from the Nordic countries, Nordic future of work Brief 3, March 2019.

28 Cf. *Söderqvist/Bernhardtz*, Labor Platforms with Unions Discussing the Law and Economics of a Swedish collective bargaining framework used to regulate gig work, Working Paper, 2019:57.

bb) Other Actors

The representation of workers´ interests is not limited to trade unions. Rather, diverse forms of collective voice can be observed on the ground, some of which also exist alongside trade union representation of interests. Apart from grassroots organisations of workers and „quasi unions“,[29] some so-called online forums have been formed, for instance, which help crowdworkers, in particular, to discern between equitable and exploitative companies (requesters) in order to maximize earnings and share their experiences.[30] It could be added that in practice online forums also play a significant role in verifying the meaningfulness of the work of algorithmic management systems.[31] There are now so-called „worker centres“ which have emerged as new type of institution advocating for worker rights. „Operating independently and often within a limited geographical scope, they provide social services and labour resources to wage earners in a variety of sectors“.[32] In some cases, gig workers have formed cooperatives to promote

29 Cf. *Vandaele*, Will trade unions survive in the platform economy? Emerging patterns of platform workers' collective voice and representation in Europe, ETUI Working Paper 2018.05 (23 et seq.). Cf. also *Xhauflair/Huybrechts/Pichaul*, How Can New Players Establish Themselves in Highly Institutionalized Labour Markets? A Belgian Case Study in the Area of Project-Based Work, British Journal of Industrial Relations 2017, 1 (a case study of SMart, a Belgian community-based labour market intermediary.

30 See for more details *Johnston/Land-Kazlauskas*, Organizing on-demand: Representation, voice, and collective bargaining in the gig economy, ILO Conditions and Employment Series No. 94, 2019 (13 et seq.).

31 See *Lee/Kusbit/Metsky/Dabbish*, Working with Machines: The Impact of Algorithmic and Data-Driven Management on Human Workers, CHI ‚15: Proceedings of the 33rd Annual ACM Conference on Human Factors in Computing Systems, April 2015 (without pagination), Avalable at: https://dl.acm.org/doi/10.1145/2702123.2702548: „As drivers worked independently in distributed locations, online driver forums became a primary avenue for the driver socialization and system sensemaking. Drivers discussed the workings of the ridesharing systems' algorithmic management“. It should be noted, however, that the motivation of platform workers to operate on online forums is often „primarily to ‚find good HITs', instead of unionizing to get better paid“; see *Ellmer/Herr/Klaus/Gegenhuber*, Platform Workers Centre Stage!, Taking stock of current debates and approaches for improving the conditions of platform work in Europe, Hand Böckler Stiftung Working Paper, Number 140, May 2019 referring to a study by *Wang, Xinyi/Zhu, Haiyi/Li, Yangyun/Cui, Yu/Konstan, Joseph* A Community Rather Than A Union. Understanding self-organization phenomenon on MTurk and how it impacts Turkers and Requesters, CHI EA ‚17: Proceedings of the 2017 CHI Conference Extended Abstracts on Human Factors in Computing Systems, 2210.

32 *Johnston/Land-Kazlauskas*, Organizing on-demand: Representation, voice, and collective bargaining in the gig economy, ILO Conditions and Employment Series No. 94, 2019 (16).

worker voice and control.[33] There have also been isolated cases, (in Austria and Germany) where works councils have been formed.[34]

So it can be said that there are a large number of actors in the platform economy who want to enforce workers´ interests. It is also interesting to take a look at the means these actors use. It will be seen that the actors representing workers´ interests use similar means to the platforms themselves.

b) Means

One example that can be used to show this is the organisation OUR Walmart.

aa) Apps and AI: OUR Walmart

The acronym stands for „Organization United for Respect at Walmart". OUR Walmart was founded by the United Food and Commercial Workers (UFCW), and was a part of UFCW's organising efforts. In 2016, OUR Walmart launched a new smartphone app called Work It. The app´s chat function opens up the possibility of dialogue between current and former Walmart employees. Questions are answered in real time. The use of artificial intelligence is particularly interesting. A programme works in the background of the app that recognises questions that have already been asked and answered. It also determines the best answers to these questions, so that workers receive quick and high-quality replies and no useful information is lost. OUR Walmart itself considers the combination of an internet platform with expert support from ex-

33 Cf. *Johnston/ Land-Kazlauskas*, Organizing on-demand: Representation, voice, and collective bargaining in the gig economy, ILO Conditions and Employment Series No. 94, 2019 (18 et seq.).

34 The German start-up Gorillas has recently announced on its website that it is supportive of the formation of a works council which would include „among other things, providing the election committee with premises for meetings, assisting in the preparation of materials relating to the works council election in various languages, making internal communication channels accessible to inform as many colleagues as possible about the election, and appointing a central contact person to provide advice and support on implementation issues: https://gorillas.io/en/blog/gorillas-position-on-a-works-council". In the past, however, there have been fierce disputes in the food delivery services sector about the establishment of works councils. See Kramer: Aufstand der Essenskuriere, Zeit Online, 9. 3. 2018: https://www.zeit.de/arbeit/2018-02/foodora-deliveroo-kuriere-betriebsrat.

perienced trade union organisers to be an important building block, for example, in the successful struggle to increase the minimum wage paid at the company.[35]

bb) Rating Platforms: Faircrowdwork.org

As has been described time and again in the literature, platforms exert considerable influence on their workers through rating systems.[36] However, the tables can also be turned (at least up to point). There are now platforms that provide interested parties with information about the quality of platforms. For example, the website faircrowd.work offers so-called platform reviews that contain not only background information gathered from the web, but also reviews based on worker surveys as well as assessments of platforms´ terms and conditions. In this respect, fairwork.org is similar to the online forums mentioned above whose concept was expanded to allow insights into the working conditions of a number of different platforms.[37]

cc) The Visibility of a Platform and Public Pressure: Coworker.org

Coworker is a digital organising platform that was founded in 2013. The website informs workers about their rights and offers the possibility to contact colleagues and start online petitions to advocate for changes in the workplace. While it is true that the founding of Coworker was the result of the work of trade union members, the organisation consciously operates outside the boundaries of traditional union organising. It is also interesting to note that Coworker.org is not tied to a specific industry or employer. Accordingly, the platform offers resources for workers from all sectors to strengthen their voice. In doing so, workers can use the website to communicate with colleagues and develop strategies together. In the literature, the approach has been assessed in this way: „Digital organizing accelerates speed and scale of network-building, enabling workers to line up a large volume of workers and allies rapidly. Workers can elicit engagement and signatures at a far faster rate than traditional organizers

35 Cf. *Avins/Larcom/Weissbourd*, New forms of worker voice in the 21st century, Harvard Kennedy School of Government and MIT Sloan School of Management, 2018 (35 et seq.).

36 Cf., for instance, *Prassl*, Collective Voice in the Platform Economy – Challenges, Opportunities, Solutions, 2018 (14) quoting *Slee*, What's yours is mine: Against the sharing economy, 2017, 100-1.

37 Cf. *Harmon/Silberman,* Rating Working Conditions on Digital Labor Platforms, Computer Supported Coop Work 2019, Vol. 28, 911: https://doi.org/10.1007/s10606-018-9313-5.

could knock on doors or change minds in the break room, and can build dense online worker networks across geographies and even companies. Ultimately, Coworker.org uses digital tools to draw on the oldest source of worker power: community. As more and more workers operate as independent contractors or feel psychologically isolated within their work environments, online networks offer an avenue to build quick connections".[38] However, the main objective is probably to balance the information asymmetry that exists in favour of the employer side.[39]

What is also noteworthy is that Coworker primarily aims to influence the opinion of decision-makers by influencing public opinion in the interest of workers. In doing so, it targets not only employers directly, but also shareholders. In this context, the organisation is capitalising on the rise of impact investing and impact-oriented shareholder advocacy. However, while there are solid tools for reporting on environmental standards, serious recording of social practices in companies still lags behind.[40] This led the organisation some time ago to think about filling this "market gap" by setting up a subscription service that would give investors access to workers´ reports on e.g. (lived) anti-discrimination policies in companies to help them make more informed investment decisions. What is interesting here is that not only the possibilities of the internet are used, as is the case with commercial platforms, but also a similar business model is pursued. The fact that Coworker relies on the accumulated knowledge of workers can be seen as a copy of the approach of commercial platforms that offer their clients the "skills of the crowd".

38 Cf. *Avins/Larcom/Weissbourd,* New forms of worker voice in the 21st century, Harvard Kennedy School of Government and MIT Sloan School of Management, 2018 (47).

39 See also on this point *Avins/Larcom/Weissbourd*, New forms of worker voice in the 21st century, Harvard Kennedy School of Government and MIT Sloan School of Management, 2018 (47 et seq.): „Typically, a key source of employer power –particularly in an increasingly fissured economy –is power over data and information. The employer controls systems, wages, and scheduling, and isolated workers can only self-advocate based on their anecdotal experience or data released by employers themselves (e.g., public data on gender pay disparity). Using digital networks, Coworker.org connects workers, enabling them to aggregate information, spot trends, and diagnose systemic problems".

40 Cf. on this more generally *Waas*, The 'S' in ESG and International Labour Standards (April 14, 2021). International Journal of Disclosure and Governance, 2021 https://doi.org/10.1057/s41310-021-00121-5, Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=3826537.

Reviewing these examples, one could say that unions and other actors are using the platforms´ arsenal in their struggle to assert workers' interests. Accordingly, the literature rightly raises the question of whether social media have become a new form of voice,[41] although one should not expect social media to work miracles, for instance in terms of the possibility of transcending national borders.[42] In any case, the use of social media etc. should not lead to the assumption that platforms and workers´ representatives are on an equal footing. The use of similar means does not mean that one is at eye level with the other party. So the use of technology can help overcome some organisational barriers. However, this alone does not make for equal negotiating partner.

IV. THE ROLE OF THE STATE

Finally, let us take a look at the position of the state with regard to collective voice. Here, a couple of rather principled considerations seem appropriate, especially with regard to the relationship between the social partners on the one hand and the state on the other. Subsequently, the tasks that states face with regard to securing opportunities for employee participation in the platform economy will be sketched out.

1. Collective Voice: To what Extent is it the State`s Business?

When examining collective voice, one cannot avoid also looking at the role of the state. This is obvious insofar as collective voice is exercised via works councils. Works councils do not spring up out of nowhere. Rather, legal regulations are required that govern their tasks, responsibilities and powers vis-à-vis the employer.

Things are less clear when one thinks of union voice. This applies in particular to the representation of workers´ interests through the conclusion of collective agreements, since collective bargaining is an expression of the autonomy of the parties involved (trade unions on the one hand, employers or employers´ associations on the other). Tripartite agreements involving the state

41 See *Holland/Cooper/Hecker*, Social Media at Work: A New Form of Employee Voice?, in: Holland/Teicher/Donaghey (eds)., Employee Voice at Work, 2019, 73.

42 Cf. *Geelan/Hodder*, Enhancing Transnational Labour Solidarity: The Unfulfilled Promise of the Internet and Social Media, Industrial Relations Journal, Vol. 48, Issue 4, 2017, 345.

may have their uses. However, the fact that they are different from collective bargaining is underlined not least by international law. The Committee of the Experts on the Application of Conventions and Recommendations (CEACR) has expressed it as follows: "In general, the Convention [Right to Organise and Collective Bargaining Convention, 1949 (No. 98)] tends essentially to promote the bipartite negotiation of terms and conditions of employment, namely between employers and employers organizations, on the one hand, and workers organizations, on the other". It goes on to say that „tripartism (…) may be appropriate for the settlement of issues that are broader in scope, such as the formulation of legislation or economic and social policy". It is also noted that „the presence of the government may also be justified if the general collective agreement is limited to fixing the rate of the minimum wage". However, there is a clear caveat associated with this as „the negotiation of other terms and conditions of employment must be undertaken in a bipartite context and the parties must enjoy full autonomy in this respect in order to ensure that the content of the agreement so concluded is not dependent on the policy choices of successive governments".[43] Collective bargaining, one could also say, is not collective bargaining if the state does not stay out of it.

However, this is not the whole truth. While the state must respect the autonomy of the social partners, it is also true that it must ensure the functioning of collective bargaining. To be more precise, the state must ensure that a legal framework exists within which collective bargaining can run its way. This is what is meant when Article 4 of ILO Convention No. 98 states that "measures (…) shall be taken, where necessary, to encourage and promote the full development and utilisation of machinery for voluntary negotiation between employers or employers´ organisations and workers´ organisations". The Collective Bargaining Recommendation No. 163 proposes a series of means to facilitate and promote collective bargaining, in accordance with Article 4 of Convention No. 98. These include measures with a view to, among other things, "facilitating the establishment and growth, on a voluntary basis, of free, independent and representative employers´ and workers´ organizations"; of "establishing procedures for the recognition of the most representative organizations"; and "ensuring that collective bargaining is possible at any level whatsoever". These, then, are the means that the state may have to use to breathe life into collective bargaining,

43 General Survey on the fundamental Conventions, Giving globalization a human face, International Labour Conference 101st Session, 2012, para 214.

For the states, this results in a task that can certainly become a balancing act in individual cases. On the one hand, it is obliged to open up a (sufficient) space for the social partners. On the other hand, it must not "interfere" in this area with the measures it takes and in this sense become "invasive".

2. Areas of Action

If we now turn to concrete fields of action, several areas come to mind: In view of the current uncertainties, it seems necessary to intensify efforts to clarify the status of platform employees, also with a view to the collective voice of the employees. Next, it is necessary to remove obstacles to the conclusion of collective agreements that (may) arise from anti-trust regulations. Finally, in view of the circumstances in the platform economy, the state appears to be obliged to consider establishing new channels for the representation of workers´ interests.

a) Clarifying Employment Status

It has already been mentioned that the emergence of new forms of employment confronts courts,[44] academics and legal practitioners everywhere with the question of whether or not an employment relationship exists in a given case. The question is of course also relevant to those who deal with collective voice rights. For it depends on the qualification of the contractual relationship whether a person can raise his or her voice within the channels provided for workers.

Clarifying employment status is difficult enough in itself. The question of whether a person is an employee cannot be answered in the abstract, but depends on the circumstances of the individual case. The standards by which this is decided vary from country to country, but they have to be filled in everywhere and the criteria and indicators that go into the overall assessment have a weight that cannot be fixed from the outset. With regard to the conditions of the platform economy, there is now the added difficulty that it is unclear what significance is to be attached to rating systems or the possibility of remote control of screens, for example. The courts in particular are faced with difficult tasks, but lawmakers may also feel challenged. In 2017, the German legislator codified the concept of

44 Cf. *Hießl*, Case Law on the Classification of Platform Workers: Cross-European Comparative Analysis and Tentative Conclusions (May 2, 2021). Forthcoming, Comparative Labour Law & Policy Journal, Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=3839603 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3839603.

employee for the first time. Previously, it had only relied on case law. However, it failed to "modernise" the term by adapting it to the realities of the platform economy. The Federal Labour Court, on the other hand, recently moved and in a much-noticed decision found that crowdworkers can be employees under certain circumstances.[45]

Interesting developments are emerging at the European level, however. Some time ago, the European Commission launched a public consultation on possible measures to address the challenges related to working conditions in platform work and has identified employment status as the "core problem".[46] The Commission explicitly mentions the introduction of a "rebuttable presumption of employment status or reversal of the burden of proof" as possible options to combat the misclassification of employment status in platform work.[47]

b) Collective Bargaining for Self-Employed Workers

While there may be a secret desire on the part of some labour lawyers to extend the scope of labour law as far as possible, it must be recognised that many platform workers are not employees by any applicable or conceivable standard. However, this does not necessarily mean that they must be excluded from collective bargaining. On the contrary, it seems quite plausible that certain groups do not participate in the blessings of (statutory) labour law, but are nevertheless not deprived of the possibility of concluding collective agreements on contractual terms with the other side.[48] The stumbling block in this respect,

45 Federal Labourt Court of December 1, 2020 – 9 AZR 102/20.

46 Consultation Document – First phase consultation of social partners under Article 154 TFEU on possible action addressing the challenges related to working conditions in platform work, Brussels, 24.2.2021, C(2021) 1127 final, 7. Based on the replies received, the Commission concluded that there is a need for further EU action to ensure basic labour standards and rights to people working through platforms.. Accordingly, on June 15, 2021, the Commission launched a so-called second-stage consultation of European social partners on how to improve the working conditions for people working through digital labour platforms: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_2944.

47 Consultation Document – First phase consultation of social partners under Article 154 TFEU on possible action addressing the challenges related to working conditions in platform work, Brussels, 24.2.2021, C(2021) 1127 final, 27.

48 Similarly, for instance, *Degner/Kocher*, Arbeitskämpfe in der „Gig-Economy"?, Kritische Justiz 2018, 247, (265): „Collective organisation can make an important contribution to the social organisation of work beyond the dogmatic categories of labour law, especially where mandatory labour and social law protection regulations do not (yet) apply".

at least with regard to the situation in Europe, is competition law, as it imposes narrow limits on such agreements.[49]

aa) The Prohibition of Cartels and the Case Law of the CJEU

In Europe, or more precisely in the Member States of the European Union, the legal situation is shaped by European law. This contains – In the form of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) – a ban on cartels, which must be taken into account in the question of whether and to what extent platform workers, who qualify as (solo) self-employed, can participate in collective bargaining. This provision was also the focus of a decision of the European Court of Justice (CJEU), which is of central importance for the discussion of the issue.

The ruling was based on a case from the Netherlands: The Trade Union Organisation FNV Kunsten and the Workers´ Association of Dutch Sound Artists, an employees´ association, on the one hand, and the competent employers´ association, on the other, had concluded a collective labour agreement relating to musicians substituting for members of an orchestra. Among other things that collective labour agreement laid down minimum fees not only for substitutes hired under an employment contract, but also for substitutes who carried on their activities under a contract for professional services and who were not regarded as "employees" for the purposes of the agreement itself. Later, however, the Dutch competition authority published a reflection document in which it stated that a provision of a collective agreement laying down minimum fees for self-employed substitutes was not excluded from the scope of Article 101 of the TFEU. According to the authority, a collective agreement regulating contracts for professional services changes its legal nature and acquires the characteristics of an inter-professional collective agreement, as it is negotiated on the trade union side by an organisation which, in this respect, does not act as an employees' association but as an association of self-employed persons. Following that, the employers' association and the employees' association, terminated the collective labour agreement and refused to conclude a fresh agreement containing a provision on minimum fees

49 Similar problems arise, however, in, Australia. Cf. *McCrystal*, Collective Bargaining Beyond the Boundaries of Employment: A Comparative Analysis (July 27, 2015). Melbourne University Law Review, Vol. 37, No. 3, pp. 662-698, 2014, Sydney Law School Research Paper No. 15/64, Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=2636600.

for self-employed substitutes. The FNV then brought an action before the CJEU for a declaration that it was not contrary to either Dutch or EU competition law for a provision of a collective agreement to oblige the employer to comply with minimum fees not only for employed substitutes but also for self-employed substitutes, and for an order requiring the Dutch State to correct the position adopted by the Competition Authority.

In its judgement, the CJEU recalled that, „according to settled case-law, although certain restrictions of competition are inherent in collective agreements between organisations representing employers and employees, the social policy objectives pursued by such agreements would be seriously compromised if management and labour were subject to Article 101(1) TFEU when seeking jointly to adopt measures to improve conditions of work and employment".[50] The Court then went on to say, that "a provision of a collective labour agreement, such as that at issue in the main proceedings, in so far as it was concluded by an employees´ organisation in the name, and on behalf, of the self-employed services providers who are its members, does not constitute the result of a collective negotiation between employers and employees, and cannot be excluded, by reason of its nature, from the scope of Article 101(1) TFEU".[51] However, that finding could not prevent such a provision of a collective agreement from being regarded also as the result of dialogue between management and labour „if the service providers, in the name and on behalf of whom the trade union negotiated, are in fact 'false self-employed', that is to say, service providers in a situation comparable to that of employees".[52] It is precisely this passage in the reasons for the judgement that is causing commentators headaches. The problem is that it is not clear who exactly the court had in mind. Was the Court referring to "bogus self-employed", i.e. persons who are only self-employed in name but are in fact employees? Or was the Court referring to persons who, although self-employed and thus not employees, are in any event in need of protection in a comparable way? Opinions still differ on the question of how the ruling should be understood.

50 CJEU of December 4, 2014, Case C-413/13 (FNV Kunsten Informatie en Media), marginal 22.
51 CJEU of December 4, 2014, Case C-413/13 (FNV Kunsten Informatie en Media), marginal 30.
52 CJEU of December 4, 2014, Case C-413/13 (FNV Kunsten Informatie en Media), marginal 31.

bb) The Position in the Member States

The significance, not to say the brisance, of the ruling can be seen particularly clearly in the example of German law.[53] In Germany, the so-called autonomy of collective bargaining enjoys constitutional protection. The freedom of association protected in Article 9 (3) of the Constitution includes the right to bargain collectively. The matter is regulated by law in the Collective Bargaining Act (*Tarifvertragsgesetz*), which originally dates from 1949 but was promulgated again in 1969. Section 12a of the Tarifvertragsgesetz provides for the possibility of concluding collective agreements for so-called "employee-like persons". According to this provision, „employee-like persons" are persons who are „economically dependent and in need of social protection comparable to that of an employee (…), if they work for other persons on the basis of service contracts or contracts for work and services, if they perform the services owed personally and essentially without the cooperation of employees" and either „work predominantly for one person" or „receive from one person on average more than half of the remuneration to which they are entitled for their gainful employment as a whole".[54] It cannot be said clearly enough: „Employee-like persons are self-employed. The personal dependence that characterises the employment relationship is replaced by the characteristic of economic dependence. Economic dependence is regularly given if the employee is dependent on the utilisation of his labour power and the income from the activity for the contractual partner to secure his livelihood".[55] The decision of the European Court of Justice has raised the question of whether German law is (still) in line with Union law.

cc) International Law

The legal situation becomes even more complicated when international law is also taken into account.[56] According to Article 4 of the Right to Organise

53 See for more details on the position in Germany, *Rummel*, in: Waas/Hießl (eds.), Collective Bargaining for Self-Employed Workers in Europe – Approaches to Reconcile Competition Law and Labour Rights, 2021, 123.

54 Section 12a(1) no. 1 of the Tarifvertragsgesetz.

55 Thus the Federal Labourt Court of December 21, 2010 – 10 AZB 14/10, marginal 8.

56 Cf. in this regard also *Countouris/De Stefano*, The Labour Law Framework: Self-Employed and Their Right to Bargain Collectively, in: Waas/Hießl (eds.), Collective Bargaining for Self-Employed Workers in Europe – Approaches to Reconcile Competition Law and Labour Rights, 2021, 3 (4 et seq).

and Collective Bargaining Convention, 1949 (No. 8) „measures appropriate to national conditions shall be taken, where necessary, to encourage and promote the full development and utilisation of machinery for voluntary negotiation between employers or employers´ organisations and workers' organisations, with a view to the regulation of terms and conditions of employment by means of collective agreements". In this context, it should be noted that the right to collective bargaining also extends to self-employed workers.[57] Accordingly, the CEACR has repeatedly recalled, also in light of the ruling of the CJEU in FNV Kunsten, that „as regards the self-employed (…) the right to collective bargaining should also cover organizations representing the self-employed" though the Committee acknowledged „that the mechanisms for collective bargaining in traditional workplace relationships may not be adapted to the specific circumstances and conditions in which the self-employed work".[58]

Looking at other EU Member States, the picture is rather mixed. This applies, for example, to the question of whether a third group or "intermediate group" is recognised alongside employees and the self-employed as is the case in Germany. This is indeed true in one form or another in Austria, Italy, Slovenia, Spain and Sweden.[59] The key question of whether and to what extent collective agreements can also be concluded for the self-employed also presents an extraordinarily mixed picture. In the Netherlands, section 1(2) of the Collective Bargaining Act (*Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst*) of 1927 explicitly provides for this. The law in Sweden has a similar provision to that in German law.[60] In Poland, the law was fundamentally reformed in 2018. Since then, rights

57 See General Survey on the fundamental Conventions, Giving globalization a human face, International Labour Conference 101st Session, 2012, para 209.

58 Observation (CEACR) – adopted 2015, published 105th ILC session (2016) Right to Organise and Collective Bargaining Convention, 1949 (No. 98) – Ireland (Ratification: 1955). The Committee then invited the Government „to hold consultations with all the parties concerned with the aim of limiting the restrictions to collective bargaining" and suggested „that the Government and the social partners concerned may wish to identify the particularities of self-employed workers that have a bearing on collective bargaining, so as to develop specific collective bargaining mechanisms relevant to them". See also Observation (CEACR) – adopted 2016, published 106th ILC session (2017) Right to Organise and Collective Bargaining Convention, 1949 (No. 98) – Ireland (Ratification: 1955) noting progress, and Observation (CEACR) – adopted 2017, published 107th ILC session (2018) Right to Organise and Collective Bargaining Convention, 1949 (No. 98) – Netherlands (Ratification: 1993).i

59 Cf. *Hießl*, Comparative Analysis of Country-Level Experience, in: Waas/Hießl (eds.), Collective Bargaining for Self-Employed Workers in Europe – Approaches to Reconcile Competition Law and Labour Rights, 2021, 265 (271).

60 Cf. *Westregård*, Sweden, in: Waas/Hießl (eds.), Collective Bargaining for Self-Employed Workers

arising from the Trade Union Act also apply to "persons who perform paid work". Interestingly, with the amendment of the law, the legislator attempted to take into account a decision of the Constitutional Court in 2015, in which the Court had also referred ILO Convention No. 87.[61]

dd) EU-Action

In the literature, the CJEU has been called upon by some to „readjust" its ruling if necessary.[62] In the meantime, however, the European Commission has also taken action and carried out a public consultation. In a so-called „Inception Impact Assessment", the Commission acknowledged the emergence of new forms of work, particularly in the platform economy and stated that „people working through platforms are often not involved in the determination of the price of their services and may lack the individual bargaining power to negotiate their terms and conditions".[63] It further noted that „ensuring that EU competition law does not stand in the way of collective bargaining by those who need it can be one part of the puzzle to ensure that the working conditions of (some) self-employed, including people working through platforms, improve".[64] Finally, the Commission hinted at a possible need to act on the EU-level, not least from the point of view that the uncertain legal situation as such could already discourage actors from collective bargaining: „In the absence of EU intervention, self-employed, including those in need of protection, may be prevented from entering into collective bargaining. As boundaries between employment and

in Europe – Approaches to Reconcile Competition Law and Labour Rights, 2021, 247 (250 et seq.).

61 Cf. for more details, *Mitrus*, Poland, in: Waas/Hießl (eds.), Collective Bargaining for Self-Employed Workers in Europe – Approaches to Reconcile Competition Law and Labour Rights, 2021, 199 (210 et seq).

62 See, for instance, *Waltermann*, Digital statt analog: Zur Zukunftsfähigfkeit des Arbeitsrechts, Recht der Arbeit (RdA) 2019, 94 (100): „It should be made clearer that the CJEU considers non-market-oriented self-employed persons who are in a situation comparable to employees, i.e. self-employed persons similar to employees according to the German understanding, as 'false self-employed persons' under Union law, who can be covered by collective agreements without affecting the prohibition of cartels under competition law, or the Court could readjust the wording of its 2014 ruling with regard to the change in the world of work". The author further claimed that „freedom of association takes precedence over the protection of a functioning internal market and competition under EU law to the extent of the Member States' constitutional guarantees in this matter, which is not threatened at this point".

63 European Commission, Inception Impact Assessment, Ref. Ares(2021)102652 - 06/01/2021, 1.

64 European Commission, Inception Impact Assessment, Ref. Ares(2021)102652 - 06/01/2021, 2.

self-employment are increasingly blurred, individuals may sometimes not have clarity about their employment status, and thus about their access to collective bargaining. This situation may have a 'chilling effect' preventing those individuals from bargaining collectively out of the fear of EU competition rules. Action at EU level may thus be needed".[65] A decision on how to proceed with the results of the consultation will be taken by the end of the year.[66]

c) Opening-up other Channels

What remains to be clarified is whether it might not be advisable to think about opening up alternative avenues for the collective voice of workers. One avenue worth considering would be to legislate on the establishment of works councils. One has to be aware that „the development of works councils has been a singularly European development [though] it has not taken the same trajectory in each country".[67] Moreover, a closer look at co-determination in Germany, for example, shows that its emergence owes much to specific historical conditions.[68] However, this only means that caution should be exercised, not that the model of representation of interests by works councils should not be looked at from the outset. With regard to the platform economy, a few works council have been formed or, in any event, initiatives have been taken to establish works councils – some of them hotly contested – in the food delivery sector in Germany (as well as in Austria which has a similar model).[69] Accordingly, there can be no talk

65 European Commission, Inception Impact Assessment, Ref. Ares(2021)102652 - 06/01/2021, 2.

66 https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12483-Collective-bargaining-agreements-for-self-employed-scope-of-application-EU-competition-rules_en.

67 *Brewster/Croucher/Prosser*, Employee Voice and Participation: The European Perspective. in: Holland/Teicher/Donaghey (eds)., Employee Voice at Work, 2019, 51 (51).

68 Cf., for instance, *McGaughey*, The Codetermination Bargains: The History of German Corporate and Labour Law (March 25, 2015). (2016) 23(1) Columbia Journal of European Law 135, LSE Legal Studies Working Paper No. 10/2015, Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=2579932 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2579932.

69 Cf. *Haipeter/Hoose*, Interessenvertretung bei Crowd- und Gigwork – Initiativen zur Regulierung von Plattformarbeit in Deutschland, IAQ-Report 2019-5; *Johnston*, Labour geographies of the platform economy, International Labour Review, Vol. 159 (2020), No. 1, Special Issue: Future of work (Part II): Rethinking institutions for social justice, March 2020, 25 (31 et seq). In the case of the company *Delivery Hero*, there was even an agreement on the participation of employees in a supervisory board with equal representation of both sides. Cf. *Lücking*, Formen der Beteiligung in der Plattformökonomie: https://www.mitbestimmung.de/html/formen-der-beteiligung-in-der-14375.html.

of a triumphant advance of works councils, but that should not stop us either from taking a sober look at the so-called „works constitution" in Germany.

A major advantage of works council participation is that it is independent of the employer´s will: If the legal requirements are met, workers (possibly with the involvement of the trade union) can take the initiative to elect a works council. If the employer tries to prevent this, he or she faces legal sanctions. Once the works council is formed, it operates within a secure legal framework. In particular, it has clearly defined rights vis-à-vis the employer. It should also be noted that every worker is represented by the works council, regardless of whether he or she belongs to a union or not. This protection applies to all types of employment relationships, including includes non-standard forms of employment (such as part-time work, fixed-term contracts and temporary agency work).[70] It is noteworthy that in Germany there were initially strong trade union reservations about the "works constitution". However, these dissipated as the realisation took hold that works councils are not to be feared as competition, but can be used as an instrument to strengthen trade union influence. For some time now, the consensus on the trade union side in Germany has been that "works councils need trade unions and trade unions need works council".[71]

Though works councils are in principle an effective instrument for asserting workers´ interests and are also fully accepted by the trade unions, there is, however, no getting around the fact that the current works constitution in Germany is incomplete with regard to the representation of platform workers. This applies on the one hand with regard to the fact that in principle only employees enjoy the protection of works councils. However, this is also true insofar as the "works constitution" is tied to the company. The latter, however, only does limited justice to the circumstances of platform work, because here it is often difficult to identify a company and its boundaries.[72]

---

70 Cf. for more details *Waas*, Non-trade Union Workers´ Representation in Germany, in: Blanpain/Lyutov (eds.), Workers´ Representation in Central and Eastern Europe – Challenges and Opportunties for the Works Councils´ System, 2014, 85 (94 et seq).

71 *Artus//Röbenack/Kraetsch*: Betriebsräte ohne Gewerkschaften? Zur Praxis und Problematik gewerkschaftferner betrieblicher Mitbestimmung., Hans Böckler Stiftung, Study 428, September 2019, 7.

72 In this light, demands of the German Trade Union Confederation are to be seen, which aim at extending the personal scope of application of the Works Constitution Act (*Bertriebsverfassungsgesetz*) and at adapting the concept of establishment to current conditions. Cf. DGB-Position zur Plattformarbeit, March 22, 2021.

Finally, as far as the EU level is concerned, it should be mentioned that information and consultation is also part of the public consultation already mentioned above on possible measures to address the challenges related to working conditions in platform work, launched by the European Commission. As it is stated in the Consultation Document: "The right to be informed, consulted and provide opinions as part of the digital labour platform's decision-making process could be considered for people working through platforms, including possible representation and collective defence of the interests of workers at the appropriate platform decision-making level".[73]

V. CONCLUSIÓN

Looking at the current state of play in the platform economy, a complex picture emerges regarding collective voice of workers. Traditional actors have been joined by entirely new actors, and the means used to assert workers´ interests do not come from the traditional arsenal. In the literature, there is sometimes even talk of „new 'guerrilla' forms of worker representation" in the industry.[74]

The fact that new paths have been and are being taken to secure a collective voice is testament to the workers´ will to assert themselves and the creativity of those involved. However, the state is also called upon to create fair working conditions in the platform economy. There is much to be said for relying on the collective voice of workers in addition to direct legal regulation of working conditions, but then it is up to the state to create the conditions for this voice to be heard on the other side.

73 Consultation Document – First phase consultation of social partners under Article 154 TFEU on possible action addressing the challenges related to working conditions in platform work, Brussels, 24.2.2021, C(2021) 1127 final, 28. Ibid, 20: „The question of workers' involvement and information and consultation processes in platform work is also important. This is particularly relevant to help overcome the opacity of certain aspects of platform work, such as algorithmic management and the asymmetry of information that such remote and fragmented work organisation may entail".

74 *Bryson/Freeman/Gomez,/Willman*: The Twin Track Model of Employee Voice: An Anglo-American Perspective on Union Decline and The Rise of Alternative Forms of Voice, in: Holland, Peter/Teicher/Julian/Donaghey, Jimmy (eds)., Employee Voice at Work, 2019, 23 (46).

REFERENCES

Allen, *Matthew M. C.*: Hirschman and voice, in: Wilkinson, Adrian/Dundon, Tony/Donaghey, Jimmy/Freeman, Richard B. (eds.): Handbook of Research on Employee Voice, 2015, 36.

Artus, Ingrid/Röbenack, Silke/Kraetsch, Clemens: Betriebsräte ohne Gewerkschaften? Zur Praxis und Problematik gewerkschaftferner betrieblicher Mitbestimmung, Hans Böckler Stiftung, Study 428, September 2019.

Avins, Jeremy /Larcom, Megan/Weissbourd, Jenny: New forms of worker voice in the 21st century, Harvard Kennedy School of Government and MIT Sloan School of Management, 2018.

Brewster, Chris/Croucher, Richard/Prosser, Thomas: Employee Voice and Participation: The European Perspective. in: Holland, Peter/Teicher, Julian/Donaghey, Jimmy (eds)., Employee Voice at Work, 2019, 51.

Bryson, Alex/Freeman, Richard/Gomez, Rafael/Willman, *Paul*: The Twin Track Model of Employee Voice: An Anglo-American Perspective on Union Decline and The Rise of Alternative Forms of Voice, in: Holland, Peter/Teicher/Julian/Donaghey, Jimmy (eds)., Employee Voice at Work, 2019, 23.

Countouris, Nicola/De Stefano, Valerio: The Labour Law Framework: Self-Employed and Their Right to Bargain Collectively, in: *Waas, Bernd/Hießl, Christina* (eds.) :Collective Bargaining for Self-Employed Workers in Europe – Approaches to Reconcile Competition Law and Labour Rights, 2021.

Degner, Anne/ Kocher, Eva: Arbeitskämpfe in der „Gig-Economy"?, Kritische Justiz 2018, 247.

Ellmer, Markus/Herr, Benjamin/Klaus, Dominik/Gegenhuber, Thomas: Platform Workers Centre Stage!, Taking stock of current debates and approaches for improving the conditions of platform work in Europe, Hand Böckler Stiftung Working Paper, Number 140, May 2019.

Freeman, Richard B./Medoff, James L.: What Do Unions Do?, New York 1984.

Gearhart, Dawn: Giving Uber Drivers a Voice in the Gig Economy, in: Graham, Mark/Shaw, Joe (eds.): Towards a fairer gig economy, London 2017, 13.

Geelan/, TorstenHodder, Andy: Enhancing Transnational Labour Solidarity: The Unfulfilled Promise of the Internet and Social Media, Industrial Relations Journal, Vol. 48, Issue 4, 2017, 345.

Graham, Mark/Hjorth, Isis/ Lehdonvirta, Vili: Digital labour and development: impacts of global digital labour platforms and the gig economy on worker livelihoods, Transfer 2017, Vol. 23(2), 135.

Haipeter, Thomas/Hoose, Fabian: Interessenvertretung bei Crowd- und Gigwork – Initiativen zur Regulierung von Plattformarbeit in Deutschland, IAQ-Report 2019-5.

Harmon, E./ Silberman, M. S.: Rating Working Conditions on Digital Labor Platforms. *Comput Supported Coop Work* 2019, Vol. 28, 911: https://doi.org/10.1007/s10606-018-9313-5.

Heery, Edmund/Abbott, Brian/Williams, Steve: Civil society organizations and employee voice, in: Wilkinson, Adrian/Dundon, Tony/Donaghey, Jimmy/Freeman, Richard B. (eds.): Handbook of Research on Employee Voice, 2015, 36.

Heiland, Heiner: Workers Voice on Platform Labour – an Overview, WSI Study No. 21, July 2020.

Hießl, Christina: Case Law on the Classification of Platform Workers: Cross-European Comparative Analysis and Tentative Conclusions (May 2, 2021). Forthcoming, Comparative Labour Law & Policy Journal , Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=3839603 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3839603.

Hießl, Christina: Comparative Analysis of Country-Level Experience, in: *Waas, Bernd/Hießl, Christina* (eds.): Collective Bargaining for Self-Employed Workers in Europe – Approaches to Reconcile Competition Law and Labour Rights, 2021.

Hirschman, Albert O.: Exit, Voice and Loyalty: Response to Decline in Firms, Organizations and States, Cambridge 1970.

Holland, Peter/Cooper, Brian/Hecker, Rob: Social Media at Work: A New Form of Employee Voice? in: Holland, Peter/Teicher, Julian/Donaghey, Jimmy(eds)., Employee Voice at Work, 2019, 73.

Holland, Peter/Cooper, Brian/Hecker, Rob: Social Media at Work: A New Form of Employee Voice? in: Holland, Peter/Teicher, Julian/Donaghey, Jimmy(eds)., Employee Voice at Work, 2019, 73.

ILO: Towards decent work for young refugees and host communities in the digital platform economy in Africa – Kenya, Uganda, Egypt, Geneva 2021.

Jesnes, Kristin/Ilsøe, Anna/Hotvedt, Marianne J.,: Collective agreements for platform workers? Examples from the Nordic countries, Nordic future of work Brief 3, March 2019.

Johnston, Hannah Land-Kazlauskas, Chris: Organizing on-demand: Representation ,voice, and collective bargaining in the gig economy, ILO Conditions and Employment Series No. 94, 2019.

Johnston, Hannah: Labour geographies of the platform economy, International Labour Review, Vol. 159 (2020), No. 1, Special Issue: Future of work (Part II): Rethinking institutions for social justice, March 2020.

Kaine, Sarah: Union voice, in: Wilkinson, Adrian/Dundon, Tony/Donaghey, Jimmy/Freeman, Richard B. (eds.): Handbook of Research on Employee Voice, 2015, 170.

Kaufmann, Bruce E.: Employee voice before Hirschman: its early history, conceptualization, and practice, in: Wilkinson, Adrian/Dundon, Tony/Donaghey, Jimmy/Freeman, Richard B. (eds.): Handbook of Research on Employee Voice, 2015, 17.

Kilhoffer, Zachary/ Lenaerts, Karolien/Beblavý, Miroslav: The Platform Economy and Industrial Relations Applying the old framework to the new reality, CEOS Research Report No. 2017/12, August 2017.

Kirov, Vassil: Bulgaria: collective bargaining eroding, but still existing, in: Müller, Torsten/Vandaele, Kurt/Waddington, Jeremy (eds.), *Collective bargaining in Europe- towards an endgame*, vol. I., 2019, 77.

Kramer, Bernd: Aufstand der Essenskuriere, Zeit Online, 9. 3. 2018: https://www.zeit.de/arbeit/2018-02/foodora-deliveroo-kuriere-betriebsrat.

Lee, Min Kyung/Kusbit, Daniel/Metsky, Evan/Dabbish, Laura: Working with Machines: The Impact of Algorithmic and Data-Driven Management on Human Workers, CHI '15: Proceedings of the 33rd Annual ACM Conference on Human Factors in Computing Systems,·April 2015 (without pagination), Avalable at: https://dl.acm.org/doi/10.1145/2702123.2702548.

Lenaerts, Karolien/Kilhoffer, Zachary/ Akgüç, Mehtap: Traditional and new forms of organisation and representation in the platform economy, Work Organisation, Labour & Globalisation, Vol. 12, No. 2, Digital Economy and the Law (Winter 2018), 6.

Lücking, Stefan: Formen der Beteiligung in der Plattformökonomie: https://www.mitbestimmung.de/html/formen-der-beteiligung-in-der-14375.html.

McCrystal, Shae: Collective Bargaining Beyond the Boundaries of Employment: A Comparative Analysis (July 27, 2015). Melbourne University Law Review, Vol. 37, No. 3, pp. 662-698, 2014, Sydney Law School Research Paper No. 15/64, Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=2636600.

McGaughey, Ewan: The Codetermination Bargains: The History of German Corporate and Labour Law (March 25, 2015). (2016) 23(1) Columbia Journal of European Law 135, LSE Legal Studies Working Paper No. 10/2015, Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=2579932 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2579932.

Mitrus, Leszek: Poland, in: *Waas, Bernd/Hießl, Christina* (eds.),:Collective Bargaining for Self-Employed Workers in Europe – Approaches to Reconcile Competition Law and Labour Rights, 2021, 199.

Mundlak, Guy, Organizing Matters – Two Logics of Trade Union Representation, 2020.

Prassl, *Jeremias*: Collective Voice in the Platform Economy – Challenges, Opportunities, Solutions, 2018.

Pyman, Amanda: Hirschman and voice, in: Wilkinson, Adrian/Dundon, Tony/Donaghey, Jimmy/Freeman, Richard B. (eds.): Handbook of Research on Employee Voice, 2015, 264.

Rosenblat, Alex/Stark, Luke: Algorithmic Labor and Information Asymmetries: A Case Study of Uber's Drivers, International Journal of Communication 10(2016), 3758.

Rummel, Jan: Germany, in: *Waas, Bernd/Hießl, Christina* (eds.),:Collective Bargaining for Self-Employed Workers in Europe – Approaches to Reconcile Competition Law and Labour Rights, 2021, 123.

Schreyer, *Jasmin*: Algorithmic work coordination and workers' voice in the COVID-19 pandemic: The case of Foodora/Lieferando, Work Organisation, Labour & Globalisation, Vol. 15, No. 1, 2021, 69.

Slee, Tom: What´s yours is mine: Against the sharing economy, 2017.

Söderqvist, Carl Fredrik/Bernhardtz, *Victor*: Labor Platforms with Unions Discussing the Law and Economics of a Swedish collective bargaining framework used to regulate gig work, Swedish Entrepreneurship Forum Working Paper, 2019:57.

Vandaele, Kurt: Will trade unions survive in the platform economy? Emerging patterns of platform workers' collective voice and representation in Europe, ETUI Working Paper 2018.05.

Visser, *Jelle*: Trade Unions in the Balance, ILO ACTRAV Working Paper, 2019.

Waas, Bernd: Non-trade Union Workers´ Representation in Germany, in: Blanpain, Roger/Lyutov, Nikita (eds.), Workers´ Representation in Central and Eastern Europe – Challenges and Opportunties for the Works Councils´ System, 2014, 85.

Waas, Bernd: The 'S' in ESG and International Labour Standards (April 14, 2021). International Journal of Disclosure and Governance, 2021 https://doi.org/10.1057/s41310-021-00121-5, Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=3826537

Walsh, *Dylan*: Why It Matters – There´s a worker voice gap in America. If it doesn't close, employees will continue to be left behind as the economy changes. And employers could miss out on innovation and improvement: https://mitsloan.mit.edu/ideas-made-to-matter/a-new-survey-takes-pulse-worker-voice-america.

Waltermann, *Raimund*: Digital statt analog: Zur Zukunftsfähigfkeit des Arbeitsrechts, Recht der Arbeit (RdA) 2019, 94.

Wang, Xinyi/Zhu, Haiyi/Li, Yangyun/Cui, Yu/Konstan, Joseph A Community Rather Than A Union. Understanding self-organization phenomenon on MTurk and how it impacts Turkers and Requesters, CHI EA '17: Proceedings of the 2017 CHI Conference Extended Abstracts on Human Factors in Computing Systems, 2210.

Westregård, *Annamaria*: Sweden, in: Waas/Hießl (eds.), Collective Bargaining for Self-Employed Workers in Europe – Approaches to Reconcile Competition Law and Labour Rights, 2021, 247.

Xhauflair, Virginie/Huybrechts, Benjamin/Pichaul, *F*rançois: How Can New Players Establish Themselves in Highly Institutionalized Labour Markets? A Belgian Case Study in the Area of Project-Based Work, British Journal of Industrial Relations 2017, 1.

PONENCIAS LIBRES

TRANSFORMACIÓN DEL TRABAJO: DESAFÍOS PARA EL DERECHO DEL TRABAJO

TRANSFORMATION OF WORK: CHALLENGES TO LABOR LAW

NUEVOS DESAFÍOS DE LA JORNADA MÁXIMA DE TRABAJO A RAÍZ DE LA EMERGENCIA SANITARIA: SOBRETIEMPO EN TRABAJO REMOTO Y EL IMPACTO DEL COLAPSO DEL SISTEMA DE TRANSPORTE*

OSCAR RAÚL CHUQUILLANQUI ARAGÓN

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asociado de la Sección Peruana de Jóvenes Juristas adscrita a la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

* El presente trabajo está dedicado a la "norma" más importante de mi vida, no me refiero a la Constitución, pero,sí a mi madre Norma Aragón Ramírez, gracias por todo.

ABSTRACT: This research on the right to the eight-hour day exposes two new challenges generated by the COVID-19 pandemic, which debilitate the effectiveness of the right under study. In view of this, it seeks to establish a new paradigm of the eight-hour day within "the next normal".

KEYWORDS: Eight-hour day, Remote work, Public transportation system, Exhaustion, Right to disconnection, Next normal, Health emergency.

I. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo se analizará el estado actual de la jornada máxima de trabajo y los importantes fines que persigue haciendo un pequeño, pero significativo, recorrido histórico de su implementación en el Perú. Asimismo, nos detendremos en examinar cómo la actual pandemia generada por la COVID-19 ha creado y/o adelantado nuevas problemáticas entorno a este derecho; como por ejemplo, el poco cumplimiento de la jornada máxima al realizar trabajo a distancia (teletrabajo o trabajo remoto) o la importancia de que un país cuente con un sistema de transporte público eficiente que permita estar alineado al fin primordial que busca proteger el derecho a la jornada máxima de trabajo: evitar el agotamiento.

Como es de conocimiento general, distintos Gobiernos, entre ellos el peruano, como medida de prevención de contagios de la COVID-19 estableció y/o fomento modalidades de trabajo a distancia; no obstante, al menos en el caso peruano no se consideró alguna medida específica que permita cumplir con la jornada máxima de trabajo dentro de los esquemas laborales no presenciales.

Por otro lado, ya en la etapa de reactivación económica, en la cual muchas empresas requerían la presencia de sus trabajadores, se generó un nuevo problema vinculado al sistema de transporte público; siendo que en esta oportunidad, por temas de extensión, la problemática estará enmarcada en Lima metropolitana, ciudad que antes de la pandemia generada por la COVID-19 ya contaba con un sistema de transporte público ineficiente y que en la etapa de reactivación económica (post cuarentena) ha empeorado debido a las medidas de prevención

de contagio determinadas por el Gobierno (como por ejemplo aforos reducidos en las unidades).

En consecuencia, este énfasis en la crisis del sistema de transporte generado por la pandemia de la COVID-19, nos permite reflexionar que esta problemática no es de menor importancia o ajena al derecho laboral, ya que, la ineficiencia del sistema de transporte genera agotamiento en los usuarios (muchos de ellos trabajadores) abriendo la puerta a otros inconvenientes como el detrimento de su rendimiento productivo, afectación de su salud física y mental, estrés, afectación en su sistema inmunológico, entre otras, mismas afectaciones que el derecho a la jornada máxima busca evitar. Por ello, con la finalidad de ir construyendo un nuevo paradigma de este derecho propondremos, desde la perspectiva laboral, algunas posibles soluciones para ambas problemáticas antes mencionadas.

II. JORNADA MÁXIMA DE TRABAJO Y SU IMPACTO EN LA SALUD, LA ECONOMÍA Y EN EL ÁMBITO SOCIAL

Consideramos que un primer acercamiento al tema sobre la jornada máxima de trabajo, al menos desde la perspectiva de los hechos, es recurriendo a la historia recogida en la película "I Compagni" del director italiano Mario Monicelli[1] en la cual se cuenta la historia de un grupo de trabajadores de una fábrica de Torino – Italia de finales de 1800, quienes ante el accidente de trabajo de un compañero deciden iniciar una huelga con la intención de buscar, entre otras cosas, una menor jornada de trabajo. Rescatamos esta obra audiovisual, por la escena que inicia cuando un trabajador aprovechando los minutos de almuerzo se dirige hacia la puerta de salida de la fábrica, donde lo esperaba su esposa y su hijo (un bebe de meses), al reunirse, apenas divididos por las rejas de la fábrica, la esposa le recrimina por obligarla a sacar al bebé de su casa y exponerlo a un clima extremadamente frio, la respuesta del padre es exquisita al señalar lo siguiente: "nunca le veo, cuando salgo duerme (entiéndase de la casa al trabajo), cuando vuelvo (del trabajo a la casa) duerme, tengo derecho a verle (el padre le hace gestos al bebé, mientras este llora) mira a tu papá, ah míralo ni siquiera me conoce"[2][3], dejando en evidencia que la excesiva jornada de trabajo estaba afectado directamente su vida personal al no tener tiempo para compartir

1 Monicelli, Mario. I Compagni, 1963.
2 Ibídem.
3 Información entre paréntesis agregada por nosotros.

en familia, hecho que en la actualidad, lamentablemente, se sigue repitiendo en varios grupos de trabajadores.

Ya centrándonos en hechos históricos, cuando se aborda la temática de jornada máxima se suele citar como antecedente trascendental las manifestaciones convocadas para el 1 de mayo de 1886 por la Federación Estadounidense del Trabajo (American Federation of Labor) en reivindicación de la jornada de ocho horas, más específicamente de los obreros industriales, dichas manifestaciones tuvieron su epicentro en Chicago y tuvieron su desenlace en la protesta del parque de Haymarket, donde hubo un enfrentamiento con los efectivos policiales que ocasionaron que se detengan a 31 manifestantes, quienes luego de un juicio arbitrario fueron condenados a prisión y 5 de ellos a muerte, pasando a ser denominados como los mártires de Chicago[4].

Por su parte, a nivel normativo internacional, el hito más importante sobre la jornada máxima de trabajo lo encontramos en el año 1919, cuando post primera guerra mundial y en el contexto de la primera conferencia internacional de trabajo de Washington la Organización Internacional de Trabajo (en adelante OIT) mediante el Convenio No. 1 sobre las horas de trabajo (industria), estableció que "[e]n todas las empresas industriales públicas o privadas, o en sus dependencias, cualquiera que sea su naturaleza, con excepción de aquellas en que sólo estén empleados los miembros de una misma familia, la duración del trabajo del personal no podrá exceder de ocho horas por día y de cuarenta y ocho por semana"[56], pese a que los representantes de los empleadores "rechazaban la posibilidad de una limitación de la jornada aduciendo que no era oportuna en un momento en que la economía, arruinada por la guerra exigía un supremo esfuerzo de trabajo"[7].

---

4 Seitz, Max. "4 grandes huelgas que cambiaron el mundo". BBC News. 2017. <https://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/05/150430_economia_dia_del_trabajo_huelgas_cambiaron_historia_ ms>

5 Organización Internacional del Trabajo. Convenio sobre las horas de trabajo (industria), 1919. <https://ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C001>

6 Vale precisar que la OIT estableció como excepciones a la limitación de la jornada máxima diaria y semanal los siguientes casos: (i) el personal de dirección y de confianza, (ii) siempre que no se supere el límite semanal de 48 horas se podrá exceder el límite diario de 8 horas en máximo una adicional y (iii) cuando los trabajos sean realizados por equipos se podrá exceder el límite de horas diario y semanal siempre que el promedio de horas de trabajo, calculado en un periodo de tres semanas o menor no exceda de 8 horas diarias o 48 semanales (jornadas acumulativas).

7 De Buen, Nestor. Derecho del Trabajo, tercera edición actualizada, Vol. Tomo segundo, 1979, pp.

Esta limitación a la jornada de trabajo, como bien lo resumen De Buen, no es solo un tema proteccionista, sino que en base a estudios médicos, psicológicos, económicos y sociales quedó evidenciado que "la fatiga entorpece la actividad y llega a provocar agotamiento", lo que desencadena en accidentes de trabajo, disminución de las defensas que facilitan las enfermedades, disminución de la productividad (calidad y volumen) e impactan en la vida social del trabajador[89].

Haciendo nuestra la idea de De Buen y desarrollándola en el contexto actual, consideramos que el agotamiento generado en un trabajador desencadena a su vez problemas en tres aspectos de su vida, como son la salud, la economía y lo social. Vale precisar que la afectación no solo involucra al trabajador, sino que también afecta al empleador como veremos a continuación. Entonces, respecto la afectación a la salud se manifiestan en la mayor probabilidad de ser víctima de un accidente de trabajo y en el debilitamiento del sistema inmunológico, hecho no menor en la coyuntura actual de la pandemia de la COVID- 19, esto a su vez afecta al empleador al tener que asumir los costos derivados de un accidente de trabajo y/o cubrir las faltas de un trabajador con problemas de salud en general. Sobre los problemas en torno a la economía, evidentemente un trabajador agotado verá reducida su productividad tanto en calidad como en cantidad, lo que a su vez también afecta al empleador al tener productos (bienes o servicios) por debajo de sus expectativas, pudiendo generar problemas con clientes y/o generando más trabajo a su área de control de calidad (o la que haga sus veces). Finalmente, la afectación en lo social del trabajador se configura cuando por exceso de trabajo, este deja de lado o sacrifica en mayor o menor medida su vida personal (como relacionarse con la familia o amistades) con la intención de cumplir con las obligaciones laborales, pudiendo generar en el trabajador problemas psicológicos y en el empleador dificultades internas como afectación en el clima laboral, personal desmotivado, fuga de talento, etc.

Como vemos, el cumplimiento de la jornada máxima de trabajo no solo es beneficioso para el trabajador, sino que, en igual medida tiene efectos positivos para el empleador; por lo que, ambas partes deberían unir esfuerzos en buscar planteamientos que permitan su respeto y cumplimiento.

136-137.

8 Ídem, p. 135.

9 Si bien De Buen, no hace mayor precisión sobre la vida social, entendemos que no solo se refiere al tiempo de ocio o distracción del trabajador, sino que también hace referencia a su vida familiar.

III. LOS ORÍGENES DE LA JORNADA MÁXIMA DE TRABAJO EN EL PERÚ, UN PROCESO DE MADURACIÓN DE IDEAS

En el Perú, conforme el historiador Jorge Basadre una de los primeros reclamos en la que se planteó dentro de los requerimientos iniciales una jornada de 8 horas diarias (de 7 a.m. a 10 a.m. y de 12 p.m. a 5 p.m.) fue la realizada por los jornaleros del Callao el 1° de mayo de 1904, reclamos que no fueron tomados en cuenta por sus empleadores, iniciando una huelga el 6 de mayo del mismo año, luego de varios idas y vueltas el 19 de mayo culmina la huelga con el fallecimiento de Florencio Aliaga y con el acogimiento parciales de los requerimientos de los huelguistas principalmente en el extremo del aumento de jornales[10].

Años después, a finales de 1912, la Unión de Jornaleros del puerto del Callao y la Federación Obrera y Regional del Perú[11], en la asamblea realizada el 15 de noviembre, plantearon la realización de una huelga por la jornada de las 8 horas en el Callao. El 5 de enero de 1913, se presentó el pliego de reclamos que adicionaba al pedido de jornada de 8 horas, el aumento de salarios y apoyo médico en caso de accidentes de trabajo, al no ser aceptadas los ofrecimientos de sus empleadores, la huelga inició el 7 de enero de 1913, sin embargo, el 10 de enero fueron aceptadas los reclamos de los trabajadores portuarios del Callao, convirtiéndose en los primeros peruanos en gozar de una jornada de 8 horas[12], más de 6 años antes de la aprobación del Convenio No. 1 de la OIT[13].

En el periodo entre 1916 a 1918, se produjeron varias huelgas en todo el país donde el reclamo transcendental era el aumento de los jornales; sin embargo, en algunos casos ya se solicitaba textualmente la aplicación de la jornada de 8 horas, entre estos acontecimientos resalta la huelga de 1916 de trabajadores campesinos de Huacho, Sayan Supe, Barranca y Pativilca; la misma que fue reprimida en Huacho ocasionando la muerte 10 trabajadores, quienes fueron considerados como precursores del reclamo por la jornada de 8 horas[14].

---

10 Basadre, Jorge. Historia de la República del Perú (1822-1933), Vol. 12, 2014, pp. 128-134.

11 Conforme Basadre esta última estaba conformada por "la Sociedad de Resistencia de los obreros galleteros y anexos, Federación de Electricistas, Gremio Liberal de Empleados (mozos de hoteles), Federación de Obreros Panaderos "Estrella del Perú", Unificación Textil de Vitarte y Unificación Proletaria Textil de Santa Catalina" Basadre, Jorge. Historia de la República del Perú (1822-1933), Vol. 13, 2014, p. 76.

12 Basadre, Jorge. Historia de la República del Perú (1822-1933), Vol. 13, 2014, pp. 77-78.

13 Organización Internacional del Trabajo. Loc. cit.

14 Basadre, Jorge. Op. cit., Vol. 13, pp. 277-280.

Mas adelante, durante el Gobierno del presidente José Pardo, en 1918 se emitió "la ley Manzanilla sobre el trabajo de las mujeres y niños que estableció para ellos la jornada de ocho horas, un grupo de dirigentes sindicales se puso de acuerdo en el plan de obtener la misma jornada para todos los obreros"[15]; por lo que, ya en 1918, en el Perú habían 2 grupos de trabajadores adicionales a los estibadores del puerto del Callao, que gozaban de la jornada de 8 horas; además, trabajadores de otros sectores empezaron a considerar pertinente solicitarlo.

Finalmente, en diciembre de 1918 obreros del sector textil de distintas fábricas acordaron apoyarse entre sí para obtener mejoras salariales y teniendo en cuenta el clima de cooperación de otros sectores económicos se decide demandar la reducción de jornada de trabajo. Empezando huelgas desde el 12 de diciembre de 1918, concluyendo con el exitoso paro general realizado en Lima y Callao los días 13, 14 y 15 de enero de 1919, esta paralización de la capital y de su principal puerto no dejo mucho margen de acción al presidente José Pardo, por lo que, el 15 de enero, a insistencia del Ministro de Fomento el señor Manuel Aurelio Vinelli, emitió un decreto declarando la jornada de 8 horas para trabajadores del Estado y del sector privado, en ambos casos sin que exista reducción de salarios[16].

Todo este proceso de reclamos y huelgas permitió que los trabajadores tengan un juicio crítico sobre las jornadas excesivas en las que laboraban y su vez los empleadores poco a poco también fueron entendiendo que la reducción de la jornada no traía consigo pérdidas económicas cuantiosas; además, también podrían verse beneficiados de alguna manera con esta reducción (menos huelgas, menos pagos por accidentes de trabajo, etc.), pero, en este capítulo del trabajo queremos dejar en claro que este proceso de maduración de ideas de ambas partes tomó su tiempo y les generó distintas afectaciones.

Ya dando un salto histórico importante el Perú recién ratificó el Convenio No. 1 de la OIT en 1945 y en nuestra normativa vigente la jornada máxima de trabajo este regulada a nivel constitucional[17] y a nivel legislativo[18][19] bajo la fórmula de 8 horas diarias o 48 horas semanales permitiendo excepciones como

15 Ídem, p. 281.
16 Ídem, pp. 281-293.
17 Constitución Política del Perú. 1993.
18 Trabajo y Promoción del Empleo. Decreto Supremo No. 007-2002-TR, 2002.
19 Trabajo y Promoción del Empleo. Decreto Supremo No. 008-2002-TR, 2002.

las jornadas acumulativas, el ejemplo típico son los trabajadores de campamento mineros. Es en este contexto en el que arriba la pandemia producto de la COVID-19 al Perú.

IV. EMERGENCIA SANITARIA PRODUCTO DE LA COVID-19 Y SU AFECTACIÓN A LA JORNADA MÁXIMA DE TRABAJO

En palabras de la Organización Mundial de la Salud (OMS), "[l]os Coronavirus son una extensa familia de virus que pueden causar enfermedades tanto en animales como en humanos. En los humanos, se sabe que varios Coronavirus causan infecciones respiratorias que pueden ir desde el resfriado común hasta enfermedades más graves como el síndrome respiratorio de Oriente Medio (MERS) y el síndrome respiratorio agudo severo (SRAS). El Coronavirus que se ha descubierto más recientemente causa la enfermedad por Coronavirus COVID-19"[20]. Este nuevo tipo de Coronavirus, descubierto el 31 de diciembre de 2019 en Wuhan (China), se viene propagando en todo el mundo y llegó oficialmente a Perú el 7 de marzo de 2020.

Asimismo, la OMS ha informado que el contagio de este virus se produce por el contacto o cercanía habitual con una persona infectada, ya que, cuando esta tose o exhala expulsa gotículas procedentes de la nariz o la boca que salen despedidas, pudiendo caer en objetos que rodean a una persona sana, quien de tocar dichos objetos o superficies y luego tocarse ojos, nariz o boca y/o inhalar directamente las gotículas esparcidas por una persona con covid-19 podrá contagiarse[21]. En otras palabras, el contagio se produce por la interacción ordinaria de una persona infectada y una persona sana, como puede ser el saludo, las conversaciones, reuniones, compartir espacios cerrados por largos periodos de tiempo, entre otros.

Ante ello, gobiernos de distintos países, entre ellos el Perú, tomaron medidas para evitar el contagio en base al distanciamiento social, la expresión más drástica y en teoría más eficiente era la cuarentena, sin embargo, dicha medida a la larga tiene un impacto negativo en la economía de los países; por ello, estas

20 Organización Mundial de la Salud. Preguntas y respuestas sobre la enfermedad por coronavirus (COVID-19), 2020. <https://www.who.int/es/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public/q-a-coronaviruses>

21 Ibídem.

se han ido levantando luego de controlar, en mayor o menor medida, el número de contagios.

No obstante, en el Perú, luego de terminada la cuarentena, se mantienen medidas para evitar contagios como las profilácticas, que implican el uso de mascarillas, desinfección, lavado de manos y el distanciamiento social, que obliga conservar una distancia prudencial en la interacción con otras personas, generándose lo que la UNESCO[22] ha denominado "nueva normalidad", lo que involucra cambios en la forma de saludarnos o despedirnos hasta cambios con impactos en las relaciones laborales, donde el trabajo remoto apoyado en las Tecnologías de la Información y Comunicación (TICs) tomó mayor preponderancia en algunos grupos de trabajadores; asimismo, levantada la cuarentena se produjo un colapso en el servicio de transporte público producto del nuevo aforo reducido de las unidades con la intención de mantener el distanciamiento social y evitar contagios.

4.1. El trabajo remoto y las jornadas excesivas

Con la llegada de la COVID-19 al Perú, se buscó controlar los contagios y reforzar nuestro sistema de salud, por lo que, el Gobierno mediante Decreto Supremo No. 044-2020-PCM estableció el aislamiento social obligatorio (cuarentena) iniciando el 16 de marzo de 2020 y la mantuvo hasta el 30 de junio, completando un periodo de 3 meses y 16 días en los cuales únicamente podían salir a laborar los trabajadores de actividades esenciales, los demás tenían que realizar trabajo a distancia y en caso de no ser compatible con esa modalidad se recurrió a una suspensión de labores.

Centrándonos en el trabajo a distancia, el Gobierno en un primer momento, mediante la Resolución Ministerial No. 055-2020-TR (norma que incluía un modelo de acuerdo para que empleador y trabajador opten por el teletrabajo) apostó por promover el teletrabajo[23] en el contexto de la pandemia

22 UNESCO. La Campaña "La Nueva Normalidad" de la UNESCO, 2020. <https://es.unesco.org/campaign/nextnormal>

23 Pese a que no es intención de este trabajo desarrollar y profundizar en esta modalidad laboral, sí nos parece pertinente mencionar que el teletrabajo, previo a la pandemia de la COVID-19, no tuvo mucha acogida en el mercado laboral peruano, principalmente por la cantidad de requisitos formales a ser incluidos dentro del contrato de trabajo, por la poca claridad sobre el pago de compensación económica en los casos que el trabajador proporcione las condiciones para ejecutar el teletrabajo, la poca claridad de las obligaciones en materia de seguridad y salud y finalmente porque la norma no promocionó los beneficios que podría obtener el empleador de optar por esta modalidad.

por la COVID-19, institución regulada en el Perú desde 2013 mediante la Ley No. 30036 y reglamentada tardíamente en el año 2015, mediante el Decreto Supremo No. 017-2015-TR.

Luego de ese primer intento de promoción al teletrabajo ya en el contexto de la emergencia sanitaria, el Gobierno, mediante Decreto de Urgencia No. 026-2020, optó por crear una nueva institución denominada trabajo remoto, la cual, no requería el acuerdo del trabajador (voluntariedad) para su aplicación y, en un inicio, no contaba con mayores requisitos formales con la intención de poder implementarlo de forma célere, no obstante, en nuestra opinión se hubiera podido perfectamente flexibilizar el teletrabajo mientras dure la emergencia sanitaria y obtener los mismos resultados[24].

En consecuencia, el trabajo remoto se instauró en el Perú desde el 16 de marzo de 2020 y estará vigente hasta la culminación de la emergencia sanitaria declarada por el Gobierno, si bien es cierto esta medida evita el contagio de los trabajadores, también es cierto que el Gobierno, en un inicio[25], no estableció medidas que en el contexto del trabajo no presencial salvaguarde el cumplimiento de la jornada máxima de trabajo, pese a que según cifras del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo hay 250 mil trabajadores formales que a octubre 2020 realizaban trabajo remoto en el Perú[26], ello sin contar la gran cantidad de trabajadores informales que también se suman a esta modalidad.

Por su parte, resulta importante la encuesta realizada por Global Research Marketing, mediante la cual determinaron que el 85% de limeños sienten que en la modalidad de trabajo remoto labora más que en la modalidad presencial, es decir antes de la llegada de la COVID-19[27]; en el mismo sentido, la Defensoría

24 Al respecto ver Chuquillanqui, Oscar. "El trabajo remoto: ¿una "nueva cepa" del teletrabajo para afrontar la crisis?", Ius 360, 2020 <https://ius360.com/el-teletrabajo-una-nueva-cepa-para-afrontar-la-crisis/>

25 Luego de más de 7 meses, se reguló el derecho a la desconexión digital mediante el Decreto de Urgencia 127- 2020 y tuvo un mayor desarrollo legislativo 4 meses después mediante Decreto Supremo No. 004-2021-TR que modificó el Decreto Supremo 010-2020-TR.

26 RPP Noticias. Trabajo Remoto: ¿Cuántas personas trabajan bajo esta modalidad?, 8 de octubre de 2020.
<https://rpp.pe/economia/economia/empleo-trabajo-remoto-cuantas-personas-trabajan-bajo-esta-modalidad- mtpe-trabajadores-empresas-home-office-teletrabajo-noticia-1297299>

27 RPP Noticias. Trabajo Remoto: Un 85% de limeños considera que labora más horas que antes de la pandemia, 16 de septiembre de 2020.
<https://rpp.pe/economia/economia/trabajo-remoto-un-85-de-limenos-considera-que-labora-mas-horas-que- antes-de-la-pandemia-empleo-trabajadores-empresas-teletrabajo-home-office-

del Pueblo[28], mediante Documento de trabajo No. 002-2020-DP/ADM llama la atención de que una problemática que se viene detectando en la aplicación del trabajo remoto es que "debido al desarrollo de las herramientas tecnológicas, muchas veces el empleador dispone del tiempo del/la trabajador/a y se contacta en cualquier momento del día o la semana para solicitar nuevas tareas, planificar reuniones, o simplemente para realizar coordinaciones laborales, sin respetar los fines de semana, feriados, o algún horario en particular"[29].

Por nuestra parte, consideramos que si bien algunos empleadores vulneran la jornada máxima de trabajo con conocimiento de causa, otro grupo de empleadores lo pueden estar haciendo sin intención y es que no debemos olvidar que estamos viviendo una "nueva normalidad" que implica relacionarnos de una manera distinta, dejando de lado la interacción presencial y dándole mayor cabida a la virtual, ubicándonos en un nuevo escenario que requiere que tanto empleador como trabajador se adapten y entiendan que buscar soluciones para que la empresa no se vea afectada económicamente es tan importante como respetar los periodos de descanso del trabajador bajo la modalidad no presencial. Lamentablemente, esta madurez de ideas no se alcanza de un día para otro, sino que, requiere de tiempo y sacrificios de ambas partes -tal y como vimos en el pequeño recuento histórico peruano sobre la obtención de la jornada de 8 horas-; sin embargo, con el desarrollo constitucional y marco legal consideramos que el Gobierno desde un inicio debió tener mayor presencia ya sea mediante una norma que permita el derecho a desconexión y/o con fomentos de políticas públicas de respeto de la jornada máxima de trabajo en la "nueva normalidad" y no esperar más de 7 meses en hacerlo.

Otro factor, a tomar en cuenta es que el trabajo presencial permite tanto la comunicación verbal y la comunicación no verbal entre empleador y trabajador; mientras que, en el escenario de las comunicaciones por teléfono o servicios de mensajería instantánea (trabajo remoto), muchos elementos de la comunicación

---

coronavirus-en-peru-noticia- 1292862?ref=rpp>

28 Organismo constitucionalmente autónomo, que tiene entre sus funciones la defensa de los derechos fundamentales de las personas y de la comunidad, conforme el artículo 162 de nuestra Carta Magna.

29 Defensoría del Pueblo. Sobrecarga de labores en las mujeres durante la cuarentena por la emergencia sanitaria, 2020, p. 8.
<https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2020/07/Documento-de-trabajo-N-002-2020-DPADM- Sobrecarga-de-labores-en-las-mujeres-durante-la-cuarentena-por-la-emergencia-sanitaria.pdf>

no verbal quedan excluidos, esto en los hechos consideramos que era importante para el respeto de la jornada máxima de trabajo. Por ejemplo, en una relación presencial, el hecho de que el trabajador salga de su centro de labores despidiéndose de sus compañeros y/o de su jefe, esta de alguna manera expresando con ese comportamiento que su jornada de trabajo concluyó, sin decirlo textualmente en ningún momento; esta posibilidad desaparece en el contexto del trabajo remoto, por lo que, la única posibilidad es hacerlo mediante la comunicación escrita o verbal directa con el empleador, lo que en la práctica podría ser más que complicado, ya que, según Allan Pease las comunicación no verbal tienen un impacto cinco veces mayor al canal verbal[30].

En consecuencia, si bien el trabajo remoto ha servido para evitar contagios de la COVID- 19, esto ha sido a costa del cumplimiento efectivo de la jornada máxima de trabajo hasta el tardío y reciente reconocimiento legal del derecho a desconexión (más de 7 meses después); por lo que, consideramos importante analizar su regulación para determinar si la espera ha valido la pena.

4.2. El colapso de los medios de transporte públicos genera mayor agotamiento en los trabajadores

Debemos indicar que antes de la llegada de la COVID-19 al Perú ya había una afectación en el tiempo que demoraba y en las condiciones en las que viaja un trabajador para ir a su centro de labores, todo ello influyendo en su nivel de agotamiento, que como vimos líneas arriba, trae consecuencias negativas en su salud, productividad y aspectos sociales. Con esto no pretendemos que los trabajadores no tengan un desgaste de energía al trasladarse, pero, ya es momento de que se haga hincapié de que ese desgaste de energía debe ser razonable, utilizando un ejemplo algo extremista, pero a la vez real, de nada sirve que se respete la jornada máxima de un trabajador (8 o 9 horas diarias) si en trayectos acumula más de 3 horas también diarias como es el caso del 23% de limeños[31].

Mucho antes del inicio de la pandemia, en el año 2016 el Banco de Desarrollo de América Latina - ECAF 2016 concluía que "el latinoamericano promedio

30 Pease, A., & Pease, B. El Lenguaje del Cuerpo cómo interpretar a los demás a través de sus gestos, 2006, p. 28.

31 MARKETWIN. Estudio de tráfico y tendencias de movilidad urbana en Lima, 2018, p. 12. <http://willardmanrique.pe/wp-content/uploads/2021/02/Estudio-de-Trafico-y-Tendencias-de-Movilidad-Urbana- 2018.pdf>

dedica aproximadamente 1 hora y 20 minutos al día a desplazarse de su casa al trabajo. Como cualquier promedio, esta cifra esconde variaciones importantes entre ciudades de la región"[32], haciendo la precisión de que "[e]n ciudades como San Pablo, Bogotá, Quito, Ciudad de México, Ciudad de Panamá y Lima, el 25% de los trabajadores invierte más de dos horas al día, en total, en trasladarse entre su casa y su trabajo"[33], siendo los más afectados con el mayor tiempo de viaje los trabajadores que usan el sistema de transporte público[34].

Centrándonos en Lima recogemos un estudio del año 2018, en el cual si bien el sujeto de análisis no es el trabajador de forma exclusiva sí señala que el 64% de personas encuestadas indicaron que se movilizan por motivos de trabajo[35], por lo cual, las conclusiones del estudio recogerán las problemáticas de transporte de un importante sector de trabajadores. En ese sentido, la Consultora Marketwin concluye que los limeños, ya en el 2018, dedican en promedio 2 horas al día a trasladarse en medios de transportes, pero, lo que es aún más dramático es que el 51% de ciudadanos de Lima se encuentra sobre el promedio de 2 horas al día, divididos de la siguiente manera: el 28% entre 2 a 3 horas al día, el 16% entre 3 a 4 horas al día y el 7% más de 4 horas al día[36]. La razón de ello, según los encuestados puede deberse principalmente a la saturación de vehículos, falta de respeto a las normas de tránsito, exceso de carros y conductores imprudentes, entre otros[37]. Sobre el impacto en la salud de los usuarios de los medios de transporte público podemos advertir que en el 2016, el Instituto Nacional de Salud, organismo público ejecutor del Ministerio de Salud, advertía que se puede contraer gripe, resfrío, alergias, dermatitis, conjuntivitis, TBC, pediculosis, etc.[38], por su parte los usuarios afirman que el impacto de pasar horas en los medios de transporte les genera problemas de estrés (72% de encuestados),

32 Banco de Desarrollo de América Latina. Crecimiento urbano y acceso a oportunidades: un desafío para América Latina. 2017, p. 138. <https://scioteca.caf.com/bitstream/handle/123456789/1090/RED%202017%20esp.pdf?sequence=13&isAllowed=>

33 Ídem, p. 139.

34 Ibídem.

35 Marketwin. Op. Cit., p. 10.

36 Ídem, p. 12.

37 Ídem, p. 33.

38 Instituto Nacional de Salud. Estas son las enfermedades que se puede contraer en el transporte público, 8 de junio de 2016. <https://web.ins.gob.pe/es/prensa/noticia/estas-son-las-enfermedades-que-se-puede-contraer-en-el-transporte- publico>

dolores generales (24% de los encuestados), problemas respiratorios (24% de los encuestados), contracturas musculares (16% de los encuestados), entre otros[39].

Por todo lo dicho, podemos concluir que antes del inicio de la pandemia ocasionada por la COVID-19, Lima tenía un sistema de transporte público ineficiente, cuyo funcionamiento implicaba que el 51% de los usuarios dispongan de más de 2 horas diarias solo en traslado, si a ello le sumamos que no existía un aforo máximo por cada unidad, permitiendo, más aún en la hora pico, que las unidades de transporte se conviertan en auténticas "latas de sardinas", pero con personas, quienes por estas condiciones sufrían de un agotamiento adicional que podría traer perjuicios a su salud física y/o mental, problemas en la productividad de su trabajo y en su vida personal.

Durante la cuarentena, como resulta obvio el sistema de transporte público no tuvo los inconvenientes antes señalados porque se redujo el número de usuarios, ya que durante el distanciamiento social obligatorio impuesto por el Gobierno, solo se permitió que los trabajadores vinculados a labores esenciales sigan desempeñando sus funciones con normalidad. Sin embargo, el 1 de julio de 2020, ya en el escenario post cuarentena, algunos sectores empresariales empezaron a reactivarse, requiriendo la presencia física de sus trabajadores, quienes tenían que hacer uso del sistema de transporte, ante lo cual el Gobierno dispuso medidas para evitar contagios en dichos medios, en un primer momento se comunicó que las unidades de transporte tendrían que respetar la distancia de un metro entre cada pasajero, para lo cual además del uso obligatorio de mascarilla se tendría que dejar un asiento libre entre cada pasajero; no obstante, esta solución aplicada a una industria acostumbrada a que las personas viajen hacinadas resultaba demasiado perjudicial en términos económicos; por lo que, se les autorizó a operar con la totalidad de sus asientos llenos (prohibiendo que los pasajeros viajen de pie), siempre que estos utilicen una mascarilla y protector facial a la vez; además, las empresas de transporte se harían acreedores de un subsidio (en dinero o en especie) por parte del Estado que les permita seguir operando pese al perjuicio económico causado por la reducción de su aforo, ello conforme el Decreto de Urgencia No. 079-2020.

Lamentablemente, a causa de las medidas preventivas se reportaron aglomeración de personas en paraderos y en los propios buses ocasionando fastidio

39 Marketwin. Op. Cit., p. 23.

en los usuarios del transporte público[40]; por lo que, en la nueva normalidad post cuarentena, no solo se mantienen los largos periodos de tiempo que involucraba trasladarse al centro de trabajo, sino que, ahora se le debe sumar el tiempo de espera en los paraderos para poder abordar una unidad o en el peor escenario el usuario asume el riesgo de contagio abordando una unidad con un aforo prohibido.

Entonces nos preguntamos, teniendo en cuenta los problemas que arrastraba el sistema de transporte antes de la llegada de la COVID19 y las políticas de nuevo aforo establecidas post cuarentena ¿Estamos presenciando el colapso del sistema de transporte público de la capital?, Si bien no podemos asegurarlo de forma categoría, sí resulta evidentemente que el funcionamiento post cuarentena del sistema de transporte público de Lima no está evitando el contagio de la COVID-19 o no está siendo tan eficiente como se esperaba y para fines más concretos del presente trabajo no está evitando que los trabajadores, usuarios del sistema de transporte, acumulen agotamiento vaciando de contenido al derecho de jornada máxima de trabajo. Posiblemente este último punto ni haya sido tomado en cuenta por el Gobierno al momento de tomar las medidas para el reinicio del transporte en la "nueva normalidad" post cuarentena.

V. NUEVOS DESAFÍOS DE LA JORNADA MÁXIMA DE TRABAJO

Planteamos la tesis que la "nueva normalidad" producto de la pandemia de la COVID-19 ha impactado de forma negativa en la jornada máxima de trabajo generando nuevas formas de incumplimiento y/o restándole eficacia en la protección de sus fines; por lo que, es pertinente reflexionar en torno a

40 Los diarios informaban al respecto de la siguiente manera:
"Pese a que personal de ATU (Autoridad de Transporte Urbano para Lima y Callao) supervisa cumplimiento de restricciones en el transporte público, varios buses lucen llenos convirtiéndose en un foco infeccioso de la COVID- 19. Asimismo, los peatones se pelean para lograr subir a una unidad". Véase: La República. Así se vivió la 'nueva normalidad' en Puente Nuevo: aglomeración en buses y paraderos colapsados, 2 de julio de 2020.
<https://larepublica.pe/sociedad/2020/07/01/cuarentena-peru-lima-paraderos-colapsados-y-pugnas-por-subir-a- buses-en-puente-nuevo-ante-inicio-de-la-nueva-normalidad-coronavirus-fotos/>
"En las primeras horas de la mañana se reportaron algunos problemas al momento de abordar los buses y combis debido a que las personas se aglomeraban para utilizar estos vehículos a fin de acudir a sus centros de trabajo. Algunos de los usuarios expresaron su malestar por el tema del aforo limitado y las largas colas en los paraderos". Véase: El Comercio. Coronavirus en Perú: así se vive el primer día de la nueva convivencia social, 8 de julio de 2020 <https://elcomercio.pe/lima/sucesos/cuarentena-focalizada-coronavirus-peru-asi-se-vive-el-primer-dia-del- fin-del-confinamiento-en-lima-estado-de-emergencia-covid-19-nndc-noticia/>

medidas que puedan devolver a la jornada máxima de trabajo su razón de ser, generando para ello un nuevo paradigma en su aplicación y tutela.

5.1. Propuestas de solución respecto el trabajo a distancia: el derecho a la desconexión

Independientemente de la institución y/o nomenclatura que se utilice para definir el trabajo a distancia, consideramos que dentro de su estructura debe primar la salvaguarda de la jornada máxima de trabajo, consideramos que una de las formas para cumplir ese objetivo la encontramos en el derecho a la desconexión. A nivel teórico, el derecho a la desconexión consiste en la facultad que tiene el trabajador, dentro del escenario de hiperconectividad, de no responder o no comunicarse con su empleador mediante las Tecnologías de la Información y Comunicación (TICs) u otras que tenga a su disposición dentro del periodo de descanso y a su vez en la posibilidad de negarse a cumplir requerimientos de su empleador sin el riesgo de ser sancionado o ser víctima de represalia por ello[41].

No obstante, hay autores que señalan que "el contenido mínimo del derecho a la desconexión encuentra un espacio ya ocupado por los institutos clásicos que conforman el tiempo de trabajo, así como también se inserta en la finalidad protectora del derecho fundamental a la seguridad y salud en el trabajo. De manera que, este derecho vendría únicamente a ingresar a los sistemas jurídicos como una categoría autónoma, que resultaría sobreabundante y nada novedosa en cuanto a su contenido"[42].

Nosotros no compartimos la posición del profesor Rosenbaum, toda vez que la pandemia generada por la COVID-19, ha traído consigo un nuevo escenario en el cual los propios derechos señalados por el autor citado vienen siendo incumplidos; como por ejemplo, la seguridad y salud en el trabajo (ya que al realizarse el trabajo fuera de las instalaciones de la empresa se difumina bastante la responsabilidad y obligaciones del empleador). Pero, entrando en el tema principal de nuestra investigación, la jornada máxima de trabajo también viene siendo vulnerada porque este derecho se pensó para una realidad distinta, en la cual, si un trabajador salía de su centro de labores no podía ser interrumpido durante su

41 Azócar, Rodrigo. Derecho a desconectarse del trabajo: una necesidad para conciliar la vida personal y laboral. Pontificia Universidad Católica de Chile, 2019, p. 13. <https://politicaspublicas.uc.cl/wp-content//uploads/2020/03/PAPER-N%C2%BA-119-VF.pdf>

42 Rosenbaum, Federico. "El "derecho" a la desconexión con especial énfasis en el sistema jurídico uruguayo", Derecho y Sociedad No. 53, 2019, pp. 111-122.

tiempo de descanso (la tecnología de los años en los que se consagró este derecho no lo permitía), esta realidad fue modificada, primero con la llegada de las TICs que fue desvaneciendo parcialmente la frontera entre el tiempo de trabajo y el tiempo de descanso; sin embargo, aún se mantenía determinadas conductas no verbales que mantenían la delimitación entre dichos tiempos. Reiteramos el ejemplo de un trabajador que sale de su oficina o de la fábrica donde labora, sin decirlo de forma textual claramente está manifestando que culminó su jornada de trabajo. No obstante, en el escenario peruano del trabajo remoto, institución creada producto de la emergencia sanitaria, se ha eliminado la posibilidad de ese tipo de conductas no verbales y se ha reforzado el uso de las TICs como herramienta de control.

Entonces, si bien el derecho a la jornada máxima existe a nivel legal y constitucional este necesita de nuevas herramientas para su efectivo cumplimiento dentro de esta "nueva normalidad". Dicho de otro modo, si hoy en día el trabajador no puede salir de su centro de labores de forma física, debería poder desconectarse de las TICs en clara señal de haber culminado su jornada de trabajo. ¿Por qué esto debe ser regulado como un nuevo derecho y no únicamente se interpreta a partir del derecho de jornada máxima de trabajo? Consideramos que la respuesta es simple, para que en este nuevo contexto las partes que conforman la relación laboral respeten la jornada máxima de trabajo, deberá transcurrir un lapso de tiempo, posiblemente con conflictos de por medio, tras el cual ambas concluyan que aplicar métodos de trabajo que no vulneren la jornada máxima es más favorable (muy parecido a lo ocurrido con la obtención de la jornadas e 8 horas de las primeras décadas del siglo XX) tiempo que podría ser simplificado con una legislación clara; además, teniendo en cuenta que ni el empleador ni el trabajador son necesariamente abogados, por ende, no tienen la obligación de hacer un ejercicio de interpretación de ese tipo, el Gobierno debió dotar desde un inicio (16 de marzo de 2020 en el caso peruano) al trabajador de una herramienta que permita el adecuado cumplimiento de la jornada máxima de trabajo y a su vez sirva de limite al empleador para poder distribuir los encargos laborales de una mejor manera, de esa forma ambos hubieran sido beneficiados, por un lado el trabajador obtiene un periodo de descanso efectivo y el empleador contará con un colaborador sin agotamiento acumulado.

Saludamos la publicación del Decreto de Urgencia No. 127-2020, que entró en vigencia recién el 2 de noviembre de 2020[43], el mismo que incorpora por primera vez en el Perú el derecho a la desconexión digital, asimismo el de-

43 El presente trabajo fue presentado con fecha anterior.

sarrollo adicional que se hizo mediante el Decreto Supremo No. 004-2021-TR; sin embargo, consideramos que esta respuesta por parte del Gobierno fue tardía porque tuvo que pasar más de 7 meses desde la entrada en vigencia del trabajo remoto para regular el derecho a la desconexión digital y 4 meses adicionales para detallar y afinar su regulación. Tiempo en el cual el trabajo remoto ha sido aplicado sin ninguna salvaguarda al derecho a la jornada máxima.

En consecuencia, consideramos que la actual legislación sobre el derecho a la desconexión digital, es un paso importante sobre el cual se deberá construir la futura legislación de trabajo a distancia que tome la posta al trabajo remoto, el cual en teoría solo tendrá vigencia mientras dure la emergencia sanitaria[44].

5.2. Propuestas de solución respecto el colapso del sistema de transporte

Antes de proponer alguna solución, invitamos al lector a desterrar dos ideas; la primera, no podemos afirmar que un sistema de transporte no tiene vinculación con los derechos laborales, ya que, justamente la problemática del primero afecta los fines que el derecho a la jornada máxima de trabajo busca proteger. La segunda, las partes que conforman la relación laboral, empleador y trabajador, no pueden esperar que los inconvenientes del sistema de transporte públicos sean resueltos únicamente por el Gobierno, ya que, los privados también podemos ser parte de la solución.

5.2.1. Aplicación de una modalidad laboral no presencial que respete la jornada máxima de trabajo

Sobre este punto, consideramos importante que exista en el Perú una modalidad de trabajo a distancia definida, la cual debe ser promocionada y difundida no solo durante la emergencia sanitaria, sino que, incluso después de superada esta, ya que, hay algunos puestos de trabajo que podrían seguir realizando labores a distancia evitando de esa forma contribuir con el tráfico o con la saturación de pasajeros en las unidades de transporte público.

Evidentemente, esta modalidad deberá ser respetuosa de la jornada máxima incluyendo dentro de su regulación el derecho a desconexión desarrollado líneas

44 Actualmente, se encuentra pendiente de votación por insistencia el Proyecto de Ley No. 05408/2020-CR que establece una nueva regulación del teletrabajo.

arriba; asimismo, aprendiendo del fracaso del teletrabajo se deberá principalmente tener en cuenta lo siguiente (i) ser claros en las formalidades que se exijan y eliminar las formalidades innecesarias, (ii) difundir los beneficios a los que podrían acceder ambas partes si aplican la modalidad no presencial, (iii) evitar que el derecho a compensación se convierta en una traba en la aplicación del trabajo a distancia, para ello, consideramos que el Gobierno podría establecer un monto mínimo sobre el cual las partes puedan negociar, (iv) establecer con claridad las responsabilidades en materia de seguridad y salud en el trabajo y (v) no descartar beneficios tributarios para las partes, ya que, al optar por esta modalidad están contribuyendo indirectamente a mejorar el tránsito de la ciudad.

Actualmente, una renovada legislación de teletrabajo, que incluye al derecho de desconexión digital, estaría próxima a entrar en vigencia, ya que, el 21 de mayo de 2021 el pleno del Congreso aprobó el proyecto de ley, no obstante, la iniciativa fue observada por el Poder Ejecutivo el 7 de julio. Pese a ello, el Congreso podría aprobarla por insistencia en los próximos días, mientras ello no ocurra en el Perú continua la incertidumbre sobre el futuro del trabajo a distancia, toda vez que coexisten dos instituciones por un lado el teletrabajo, institución poco utilizada en el mercado laboral peruano, y el trabajo remoto, institución flexibilizada creada en el contexto de la pandemia, pero, que su duración está condicionada a la subsistencia de la emergencia sanitaria. En consecuencia, urge aclarar el panorama laboral en este extremo, ya que, el trabajo a distancia no solo sirve para evitar el contagio por la COVID-19, si no que puede ayudar a mejorar los problemas de tráfico, lo que a su vez le devuelve el contenido a la jornada máxima de trabajo.

5.2.2. Flexibilización del horario de trabajo

Otro de los grandes problemas del tráfico en Lima es la saturación de personas dentro de una unidad de transporte público, esta se produce principalmente durante la hora pico; por ello, consideramos que las empresas empleadoras podrían asumir el reto de organizar a sus trabajadores de tal forma que la mayoría tenga un horario de ingreso y de salida que no colisione con la hora pico, en la medida de lo posible.

Para poder aplicarlo en el Perú, el empleador debe tener claro que solo puede hacer una modificación de horario máxima de una hora y de preferencia

pactada con el trabajador, escuchando sus razones en caso no estar de acuerdo, ya que, una modificación unilateral del horario mayor a una hora podría ser impugnada ante el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo o ser tomada como un acto de hostilidad en contra del trabajador y ser impugnada ante el Poder Judicial, dependiendo si es una modificación de horario colectiva o individual[45][46]. En consecuencia, un cambio normativo que permita al empleador un margen de maniobrabilidad claro en establecer horarios de ingreso y salida a sus trabajadores en el contexto de contribuir con la mejora en el sistema de transporte y por ende este excluida del riesgo de ser catalogado como acto de hostilidad sería favorable para incentivar este tipo de prácticas. Como se puede apreciar no será una labor sencilla, pero, tampoco imposible teniendo en cuenta que la finalidad es que los trabajadores pasen menos tiempo en el tráfico de la ciudad y en consecuencia se salvaguarde los fines que el derecho a la jornada máxima de trabajo busca proteger.

Por otro lado, cabe la posibilidad de que el Gobierno fomente a algunos sectores productivos privados y/o entidades gubernamentales a la utilización de horarios de ingreso y salida que eviten la hora pico, de esta forma el Estado también se involucraría en buscar una solución alternativa al tráfico de la ciudad.

5.2.3. Utilización de medios de transportes alternativos

Finalmente, el fomento de medios de transporte alternativos como puede ser la bicicleta, scooter, skate u otros puede ayudar también a reducir los estragos que genera un sistema de transporte público ineficiente. Al respecto en Perú está vigente la Ley No. 30936 y el Decreto Supremo No. 012-2020-MTC que promueven el uso de bicicleta por parte de los trabajadores del sector público, incentivándolos a acudir al centro de trabajo otorgando el beneficio de 1 día libre remunerado si se acredita haber asistido al centro de labores en bicicleta en 60 oportunidades.

45 Trabajo y Promoción del Empleo. Decreto Supremo No. 007-2002-TR, 2002.

46 Artículo 6.- Es facultad del empleador establecer el horario de trabajo, entendiéndose por tal la hora de ingreso y salida, sin perjuicio de lo establecido en el Artículo 2 inciso d). Igualmente está facultado a modificar el horario de trabajo sin alterar el número de horas trabajadas. Si la modificación colectiva de horario es mayor a una hora y la mayoría de los trabajadores no estuviera de acuerdo, podrán acudir a la Autoridad Administrativa de Trabajo para que se pronuncie sobre la procedencia de la medida en un plazo no mayor de diez (10) días hábiles, en base a los argumentos y evidencias que se propongan las partes. La resolución es apelable dentro del tercer día.
Si la modificación tiene carácter individual, la impugnación de la medida por el trabajador se efectuará conforme a las disposiciones de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Lamentablemente para el sector privado no es obligatorio otorgar o promover ningún tipo de incentivos; no obstante, es una buena oportunidad en este contexto de emergencia sanitaria que los empleadores privados generen incentivos para que sus trabajadores asistan en bicicleta y de esa forma evitar contagios de la COVID-19 por aglomeraciones en unidades del transporte público y contribuir a reducir el tráfico de la ciudad.

Por otro lado, el Gobierno podría incentivar a que las empresas implementen o subcontraten un servicio de movilidad para sus propios trabajadores, estableciendo determinadas rutas y puntos de recojo de su personal, somos conscientes que ejecutar un proyecto de este tipo podría ser oneroso para las empresas, más aún en este contexto; sin embargo, iniciativas de este tipo disminuyen las posibilidades de contagio de los trabajadores que usen ese servicio; por lo que, el Gobierno podría premiarlas de alguna manera, por ejemplo asumiendo un porcentaje de los gastos de implementación del servicio o un porcentaje del costo si es que la empresa empleadora subcontrata el servicio de movilidad, ello siguiendo la lógica de los subsidios otorgados a las empresas que conforman el sistema de transporte en Lima y Callao, regulados en el Decreto de Urgencia No. 079-2020.

VI. CONCLUSIONES

En base a todo lo expuesto en el presente trabajo, creemos pertinentes detallar las siguientes reflexiones finales:

- El fin principal del derecho a la jornada máxima de trabajo es evitar el agotamiento del trabajador
- El derecho a la jornada máxima de trabajo no solo favorece al trabajador, ya que, también conlleva importantes beneficios al empleador.
- Las modalidades laborales a distancia (entiéndase teletrabajo o trabajo remoto) requieren del derecho a desconexión como elemento principal para la tutela de la jornada máxima de trabajo.
- El derecho a la desconexión dentro del escenario del trabajo a distancia reemplaza de alguna manera a la comunicación no verbal (salir físicamente de la oficina, por ejemplo) en las modalidades presenciales
- El sistema de transporte es una problemática que debe ser analizada tomando en cuenta su impacto en las relaciones laborales

— Se debe aspirar a contar con un sistema de trasporte eficiente, caso contrario se estará vaciando de contenido el derecho a la jornada máxima

— El nuevo paradigma del derecho a la jornada máxima de trabajo consiste en la aplicación de medidas que permitan su vigencia y cumplimiento en esta nueva normalidad.

VII. BIBLIOGRAFÍA

Azócar, Rodrigo

2019 Derecho a desconectarse del trabajo: una necesidad para conciliar la vida personal y laboral. Pontificia Universidad Católica de Chile. https://politicaspublicas.uc.cl/wp- content//uploads/2020/03/PAPER-N%C2%BA-119-VF.pdf

Banco de Desarrollo de América Latina.

2017 Crecimiento urbano y acceso a oportunidades: un desafío para América Latina.

Obtenido de https://scioteca.caf.com/bitstream/handle/123456789/1090/RED%20 2017%20esp.pdf ?sequence=13&isAllowed=y Basadre, Jorge

2014 Historia de la República del Perú (1822-1933) (Vol. 12). Basadre, Jorge

2014 Historia de la República del Perú (1822-1933) (Vol. 13). Chuquillanqui, Oscar

2020 "El trabajo remoto: ¿una "nueva cepa" del teletrabajo para afrontar la crisis?", IUS 360: https://ius360.com/notas/el-teletrabajo-una-nueva-cepa-para-afrontar-la-crisis/

De Buen, Nestor

1979 Derecho del Trabajo (Tercera edición actualizada ed., Vol. Tomo segundo). México: Editorial Porrúa S.A.

Defensoría del Pueblo

2020 Sobrecarga de labores en las mujeres durante la cuarentena por la emergencia sanitaria. Obtenido de Defensoría del Pueblo: https://www.defensoria.gob.pe/wp- content/uploads/2020/07/Documento-de-trabajo-N-002-2020-DPADM-Sobrecarga- de-labores-en-las-mujeres-durante-la-cuarentena-por-la-emergencia-sanitaria.pdf

El Comercio

2020 Coronavirus en Perú: así se vive el primer día de la nueva convivencia social. *El Comercio*. 8 de julio de 2020. Obtenido de https://elcomercio.pe/lima/sucesos/cuarentena-focalizada-coronavirus-peru-asi-se- vive-el-primer-dia-del-fin-del-confinamiento-en-lima-estado-de-emergencia-covid-19- nndc-noticia/

Instituto Nacional de Salud.

2016 Estas son las enfermedades que se puede contraer en el transporte público. 8 de junio de 2016. Obtenido de https://web.ins.gob.pe/es/prensa/noticia/estas-son-las- enfermedades-que-se-puede-contraer-en-el-transporte-publico

La República

2020 Así se vivió la 'nueva normalidad' en Puente Nuevo: aglomeración en buses y paraderos colapsados. *La República*. 2 de julio de 2020. Obtenido de https://larepublica.pe/sociedad/2020/07/01/cuarentena-peru-lima-paraderos- colapsados-y-pugnas-por-subir-a-buses-en-puente-nuevo-ante-inicio-de-la-nueva- normalidad-coronavirus-fotos/

MARKETWIN

2018 Estudio de tráfico y tendencias de movilidad urbana en Lima. Obtenido de http://willardmanrique.pe/wp-content/uploads/2021/02/Estudio-de-Trafico-y- Tendencias-de-Movilidad-Urbana-2018.pdf

Monicelli, Mario

1963 I Compagni [videograbación] Italia: Coproducción Italia-Francia-Yugoslavia. Neves, Javier

2018 Introducción al Derecho del Trabajo (Cuarta ed.). Lima: Fondo Editorial PUCP. Organización Internacional del Trabajo

1919 Convenio sobre las horas de trabajo (industria). Obtenido de Organización Internacional del Trabajo: https://ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE: C001

Organización Mundial de la Salud

2020 Preguntas y respuestas sobre la enfermedad por coronavirus (COVID-19). Obtenido de https://www.who.int/es/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for- public/q-a-coronaviruses

Pease, A., & Pease, B.

2006 El Lenguaje del Cuerpo cómo interpretar a los demás a través de sus gestos. Barcelona: Amat Editorial.

Rosenbaum, Federico

2019 "El "derecho" a la desconexión con especial énfasis en el sistema jurídico uruguayo", Derecho y Sociedad No. 53, pp. 111-122.

RPP Noticias

2020 Trabajo Remoto: ¿Cuántas personas trabajan bajo esta modalidad?. 8 de octubre de 2020. Obtenido de RPP Noticias: https://rpp.pe/economia/economia/empleo-trabajo- remoto-cuantas-personas-trabajan-bajo-esta-modalidad-mtpe-trabajadores- empresas-home-office-teletrabajo-noticia-1297299

2020 Trabajo Remoto: Un 85% de limeños considera que labora más horas que antes de la pandemia. (6 de septiembre de 2020. Obtenido de RPP Noticias: https://rpp.pe/economia/economia/trabajo-remoto-un-85-de-limenos-considera-que- labora-mas-horas-que-antes-de-la-pandemia-empleo-trabajadores-empresas- teletrabajo-home-office-coronavirus-en-peru-noticia-1292862?ref=rpp

Seitz, Max

2017 "4 grandes huelgas que cambiaron el mundo". BBC News. Obtenido de https://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/05/150430_economia_dia_del_trabajo_hu elgas_cambiaron_historia_ms

Trabajo y Promoción del Empleo.

2002 Decreto Supremo No. 007-2002-TR. *Diario Oficial El Peruano*. 2002 Decreto Supremo No. 008-2002-TR. *Diario Oficial El Peruano*. UNESCO

2020 La campaña "La Nueva Normalidad" de la UNESCO. Obtenido de La Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura: https://es.unesco.org/campaign/nextnormalw

INTELIGENCIA ARTIFICIAL E INCLUSIÓN LABORAL DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD*

CARLOS DE FUENTES GARCÍA-ROMERO DE TEJADA

El profesor Carlos de Fuentes compagina su actividad docente con la profesional. Ha trabajado más de doce años en la inclusión laboral de personas con discapacidad, como técnico de empleo y como director de una empresa social cuya finalidad es crear puestos de trabajo para el colectivo. Realizó su tesis doctoral sobre este tema y es su principal línea de investigación y ha recibido dos reconocimientos por su actividad investigadora. El trabajo se enmarca en un proyecto de investigación sobre el impacto de la digitalización en el ámbito laboral y de la Seguridad Social.

* El presente estudio se enmarca dentro del Proyecto de Investigación PID2019-104287RB-100: "El impacto de la digitalización en las relaciones de trabajo: retos y oportunidades", concedido por el Ministerio de Ciencia e Innovación en la Convocatoria 2019 Proyectos de I+D+i RTI Tipo B.

ABSTRACT: Artificial Intelligence is currently one of the biggest challenges for labour law. After defining this concept, some of its consequences in the world of work for the inclusion of people with disabilities in the labour market are studied: personnel selection, worker monitoring and inclusive robotics. If algorithms do not take into account the disability variable, both in the data they use and in the definition of patterns, it is very likely that Artificial Intelligence can be used to discriminate against this group. For its part, Artificial Intelligence can lead to the creation of machines or adaptations that can make up for the limitations of people with disabilities. In this way, it can also support the inclusion of people with disabilities in the labour market.

KEYWORDS: Artificial Intelligence, people with disabilities, robotics, algorithms.

1. INTRODUCCIÓN

Tal como indica la Organización Internacional del Trabajo en su Declaración del Centenario para el futuro del trabajo, "el mundo del trabajo se está transformando radicalmente impulsado por las innovaciones tecnológicas (…). Es imprescindible actuar urgentemente para aprovechar las oportunidades y afrontar los retos a fin de construir un futuro del trabajo justo, inclusivo y seguro con empleo pleno, productivo y libremente elegido y trabajo decente para todos"[1].

Una de sus principales manifestaciones está relacionada con la Inteligencia Artificial (en adelante, IA) que debido a los rápidos avances que está desarrollando estará omnipresente en todos los lugares de trabajo, despertando temores sobre la pérdida de puestos de trabajo, debido a su capacidad para automatizar tareas y su potencial para afectar a todos los sectores de la economía[2].

1 OIT, *Declaración del centenario de la OIT para el futuro del trabajo*, junio, 2019, página 2, apartado I.A., accesible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@relconf/documents/meetingdocument/wcms_711699.pdf [2021, June, 28].
También son relevantes las declaraciones II.A.ii) que promueve aprovechar todo el potencial del progreso tecnológico y el crecimiento de la productividad, inclusive con el diálogo social; y III, C, v) que trata de fomentar el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible y el pleno empleo y el trabajo decente a través de políticas y medidas que permitan asegurar una protección adecuada de la privacidad y de los datos personales, y responder a los retos y a las oportunidades que plantea la transformación digital del trabajo.

2 OCDE, "The impact of Artificial Intelligence on the labour market: What do we know so far?", Social, Employment and Migration Working papers, n. 256, accesible en: https://www.oecd-

En efecto, la IA está presente en múltiples actividades de nuestra vida, incluso aunque no nos demos cuenta de ello como, por poner algún ejemplo, al ver películas recomendadas por una plataforma de entretenimiento, al utilizar un coche de alquiler, en las gestiones financieras con nuestro banco y, sobre todo, en los múltiples usos que le damos a nuestros teléfonos inteligentes.

Evidentemente, la IA también tiene potenciales usos en el ámbito laboral: el reclutamiento de personal, la gestión de prevención de prevención de riesgos laborales, la evaluación del desempeño de las personas trabajadoras, las posibles decisiones de continuidad de un trabajador en la empresa o las reestructuraciones por introducción de mejoras técnicas[3].

Tal como indica Mercader[4], nos encontramos en un momento de disrupción tecnológica, cuya especialidad es la velocidad a la que se suceden los acontecimientos y las novedades y capacidades informáticas. En este contexto, se debe prestar especial atención al impacto de esta nueva tecnología en relación a grupos vulnerables, entre ellos, las personas con discapacidad. Tal cuestión ya quedó evidenciada por el Grupo Independiente de Expertos de Alto Nivel sobre Inteligencia Artificial, creado por la Comisión Europea en junio de 2018, Directrices éticas para una IA fiable[5]. Este es el objetivo del presente trabajo, si bien de una manera inicial y, en ocasiones, necesariamente telegráfica dadas las dimensiones de la presente comunicación.

2. CONCEPTO DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL

Definir la IA es un tema complejo[6] dado que hace referencia a "un conjunto de tecnologías de rápida evolución"[7]. No obstante, la Unión Europea la ha

ilibrary.org/social-issues-migration-health/the-impact-of-artificial-intelligence-on-the-labour-market_7c895724-en [2021, Junio, 28].

3 Al respecto, vid. por su interés, el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo, "Inteligencia artificial: anticipar su impacto en el trabajo para garantizar una transición justa" (dictamen de iniciativa) (2018/C 440/01), DOUE, 06/12/2018.

4 Mercader Uguina, J., "La robotización y el futuro del trabajo (1)", en *Revista Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales,* ISSN 2386-8090, número 27, 2017, páginas 13-24, en especial, p. 13.

5 En concreto, sobre la igualdad, no discriminación y la accesibilidad universal, páginas 2, 13 y 23. Documento accesible en: https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/d3988569-0434-11ea-8c1f-01aa75ed71a1 [2021, julio, 7].

6 Rouhiainen, L.*, Inteligencia Artificial. 101 cosas que debes saber sobre nuestro futuro*, Alienta Editorial, Barcelona, 2018, página 16.

7 UE, Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen

definido como "un sistema basado en programas informáticos o incorporado en dispositivos físicos que manifiesta un comportamiento inteligente al ser capaz, entre otras cosas, de recopilar y tratar datos, analizar e interpretar su entorno y pasar a la acción, con cierto grado de autonomía, con el fin de alcanzar objetivos específicos"[8].

El experto en IA, Rouhiainen, la concibe como "la capacidad de las máquinas para usar algoritmos, aprender de los datos y utilizar lo aprendido en la toma de decisiones tal y como lo haría un ser humano"[9]. Por consiguiente, la esencia de la IA es la capacidad de aprendizaje de los ordenadores y su toma de decisiones. Ambas características se encuentran recogidas en la definición de la Propuesta de Reglamento establecido por la Unión Europea por el que se establecen normas armonizadas en materia de Inteligencia Artificial (Ley de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión, cuando la delimita de la siguiente manera:

> "Sistema de inteligencia artificial (sistema de IA)»: el software que se desarrolla empleando una o varias de las técnicas y estrategias que figuran en el anexo I y que puede, para un conjunto determinado de objetivos definidos por seres humanos, generar información de salida como contenidos, predicciones, recomendaciones o decisiones que influyan en los entornos con los que interactúa"[10].

---

normas armonizadas en materia de Inteligencia Artificial (Ley de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión, COM (2021) 206 final, 21 de abril de 2021, considerando 3.

8 UE, Art. 4.a) Resolución de 20/10/2020 sobre "Marco de los aspectos éticos de la inteligencia artificial, la robótica y las tecnologías conexas", que incorpora como Anexo una Propuesta de Reglamento sobre los principios éticos para el desarrollo, el despliegue y el uso de dichas tecnologías

9 Rouhiainen, L.*, Inteligencia Artificial. 101 cosas que debes saber sobre nuestro futuro*, citada, página 17.

10 Artículo 3 de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de Inteligencia Artificial (Ley de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión, COM (2021) 206 final, 21 de abril de 2021. Esta noción, tal como nos indica la Exposición de Motivos (p. 14) "pretende ser lo más tecnológicamente neutra posible y resistir al paso del tiempo lo mejor posible, habida cuenta de la rápida evolución tecnológica y del mercado en relación con la IA" así como "proporcionar la seguridad jurídica necesaria". La técnica de remitir a un anexo cierta parte de la delimitación es una manera óptima de lograr que la misma pueda encontrarse permanentemente actualizada. En el Anexo I se recogen como "Técnicas y Estrategias de Inteligencia Artificial" las tres siguientes: estrategias de aprendizaje automático, incluidos el aprendizaje supervisado, el no supervisado y el realizado por refuerzo, que emplean una gran variedad de métodos, entre ellos el aprendizaje profundo. Estrategias basadas en la lógica y el conocimiento, especialmente la representación del conocimiento, la programación (lógica) inductiva, las bases de conocimiento, los motores de infe-

La potencialidad de esta nueva tecnología no se identifica sólo por lo que las máquinas pueden hacer sino también por la comparativa con el ser humano pues "a diferencia de las personas, los dispositivos basados en IA no necesitan descansar y pueden analizar grandes volúmenes de información a la vez (…) [y] la proporción de errores es significativamente menor en las máquinas que realizan las mismas tareas que sus contrapartes humanas"[11]. En definitiva, mayor capacidad de análisis de datos, en menor tiempo, sin necesidad de descansos ni vacaciones, con menor número de fallos y, sobre todo, se trata de sistemas informáticos con capacidad de autoinstruirse y de resolución de problemas[12].

Sin ánimo de exhaustividad debido al espacio disponible[13], para culminar con el marco conceptual debemos hacer referencia a tres cuestiones: por un lado, a la importancia que asumen los datos[14] en esta nueva realidad tecnológica y, por ende, la disciplina de la protección de datos de carácter personal cuando se trata de regular sus consecuencias en cualquier orden de la vida. Es especialmente relevante la cantidad de datos que se manejan pero, más aún, la calidad de dichos datos. Por otro lado, los algoritmos[15], como la pieza esencial que permite a las máquinas analizar los datos y tomar decisiones. Debemos indicar, asimismo, que los propios sistemas de IA analizan datos y permiten, a su vez, capturar más datos. Y, en fin, debemos entender la IA como un concepto abstracto y complejo cuya esencia es SIMULAR todas las capacidades humanas (la lógica, pero también de conocimiento, ver, oír y comprender y, en fin, de toma de decisiones). El

rencia y deducción, los sistemas expertos y de razonamiento (simbólico). Estrategias estadísticas, estimación bayesiana, métodos de búsqueda y optimización.

11 Rouhiainen, L., *Inteligencia Artificial. 101 cosas que debes saber sobre nuestro futuro*, citada, página 17.

12 La singularidad de esta situación es la circunstancia que estos nuevos sistemas parecen no estar controlados por el ser humano, Mercader Uguina, J., *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, página 22, reflexión realizada sobre la tecnología en general, totalmente aplicable a esta realidad específica de la IA.

13 Para más información sobre el tema, además de las referencias ya indicadas vid., entre otros, Kearns, M. y Roth, A., *El algoritmo ético. La ciencia del diseño de algoritmos socialmente responsables,* Wolters Kluwer, Madrid, 2020; también, Álvarez Cuesta, H., *El impacto de la inteligencia artificial en el trabajo: desafíos y propuestas,* Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2020, especialmente, páginas 17-28.

14 "Los datos son el nuevo petróleo", cita célebre atribuida al matemático británico Clive Humby, en 2006.

15 "En su nivel más fundamental, no es más que una serie de instrucciones especificadas con gran precisión para llevar a cabo una tarea concreta", Kearns y Roth, citado, página 14. Por su parte, la Real Academia Española de la Lengua lo define como el "conjunto ordenado y finito de operaciones que permite hallar la solución de un problema".

reto es automatizar actividades de análisis de datos y toma de decisiones para PREDECIR el futuro, no sólo para conocer el pasado. Ello nos permite, a los efectos de lo que nos interesa en este estudio, automatizar decisiones que son clave para el mundo de la gestión de personas en una empresa, como son la selección de personal y el control del rendimiento de la actividad laboral. En ello nos vamos a centrar en el siguiente apartado.

3. SELECCIÓN Y CONTROL DEL PERSONAL E IMPACTO EN LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

A) La IA en la selección de personas trabajadoras

Desde hace años, la tecnología informática ayuda en los procesos de reclutamiento de personal en una empresa. La publicación de ofertas de empleo en diversos portales, el acopio de las candidaturas interesadas, el cribado del cumplimiento de requisitos y de documentación exigidos en un proceso de selección, por poner algunos ejemplos, se ejecutan normalmente de forma automática.

Ahora bien, la introducción de sistemas de IA conlleva ayudas tecnológicas añadidas[16] como poder seleccionar quién ve determinados anuncios de empleo, establecer chatbots que formulan preguntas que sirven para clasificar personas candidatas en función de las respuestas y, sobre todo, evaluaciones predictivas a través de técnicas de aprendizaje automático de Currículums, amén de otras posibles funcionalidades durante la entrevista de trabajo para evaluar comunicación no verbal, expresiones faciales, etc. Con estas herramientas informáticas se está logrando no sólo rechazar posibles candidaturas de forma automática durante todo el proceso de selección por un sistema predictivo, sino, más aún, ciertas personas candidatas son proscritas automáticamente pues, ni siquiera, se les va a permitir conocer la existencia de la vacante.

Con todo, las funcionalidades de la IA para la selección de personal no se paran ahí. Estas tecnologías permiten[17] la acumulación masiva y el cruce de datos en tiempo real con los que obtener información que permite valorar -y vaticinar-, el desempeño profesional. Se articula a través del diseño de algoritmos

16 Álvarez Cuesta, H., *El impacto de la inteligencia artificial en el trabajo,* citado, páginas 30-34.

17 Olarte Encabo, S., "La aplicación de inteligencia artificial a los procesos de selección de personal y ofertas de empleo: impacto sobre el derecho a la no discriminación", *Revista Documentación Laboral,* número 119, 2020, páginas 79-98, especialmente 81-83.

en los cuales se priorizan determinadas características, rasgos o competencias que sirven para la evaluación de personas candidatas. Esta tecnología algorítmica puede buscar información (en redes sociales, por ejemplo) de la persona evaluada a través de la publicada por familiares o amigos y conectar historiales médicos, situación familiar, aficiones personales, hábitos tóxicos o saludables, tendencias sexuales, etc., y descartar del proceso de selección a personas por determinados perfiles de forma automática y, a veces, anónima.

No cabe duda que la introducción de la IA en el reclutamiento de personal contribuirá a una mayor agilidad y eficiencia de los procesos de selección, no obstante, el riesgo de discriminación para el acceso al empleo a determinados grupos de población, entre los que se encuentran las personas con discapacidad, podemos decir que es aún mayor que en la actualidad[18].

B) Marco jurídico: la no discriminación en las normas laborales internacionales, la Convención de Derechos de las Personas con discapacidad de la ONU, la protección de datos de carácter personal y la actuación de la Unión Europea sobre IA

De manera muy sucinta, vamos a repasar el conjunto de normativa que promueve la protección de la no discriminación en el acceso al empleo. En las normas laborales internacionales se recoge en los Convenios de la OIT número 111, de 1958 (arts. 1.3 y 5); número 117, de 1962 (parte V, art. 14); número 181, de 1997 (art. 5.1). En el Derecho de la Unión Europea esta prohibición se recoge tanto en el Derecho Originario (artículos 10 y 19 del Tratado de Funcionamiento de la UE), como en Derecho Derivado (Directivas 2006/54/CE, de 5 de julio, sobre igualdad de oportunidades y de trato entre varones y mujeres en asuntos de empleo y ocupación y 2000/78/CE, de 27 de noviembre, en especial artículos 1 y 3.1).

18 De la misma opinión, Olarte Encabo, S., "La aplicación de inteligencia artificial a los procesos de selección de personal y ofertas de empleo: impacto sobre el derecho a la no discriminación", citado, página 92; también, De Val Tena, A.L., "La protección de datos personales en los procesos de selección de los trabajadores; en particular, aquellos datos especialmente sensibles", *Revista Documentación Laboral,* número 119, 2020, página 103. A pesar de ello, siguen vigentes las palabras de Montoya Melgar, A., "El derecho a la no discriminación en el Estatuto de los Trabajadores", *Documentación Laboral*, nº7, 1983, página 29, cuando afirma: "Un problema de especial delicadeza es el relativo a la discriminación consistente en la negativa del empresario a contratar: si teóricamente no hay dudas en cuanto a la ilegalidad de la conducta, en la práctica los obstáculos para hacer efectivamente exigible la responsabilidad empresarial son insalvables…".

En relación a las personas con discapacidad[19], debemos hacer referencia a la Convención de la ONU sobre Derechos de las personas con discapacidad[20], donde se recoge la no discriminación frente a este colectivo en términos generales en los artículos 2, 3.b), 4.1 y 5 y, específicamente, por lo que respecta a "las condiciones de selección, contratación y empleo, la continuidad en el empleo, la promoción profesional y unas condiciones de trabajo seguras y saludables", en el artículo 27.1.a).

Por tanto, en el plano de normas generales que proscriben la discriminación en el acceso al empleo la protección es máxima. Dando un paso más y tratando de concretar estos principios, debido a que en el ámbito de la IA están implicados de manera efectiva los datos de carácter personal tanto de las personas candidatas a un puesto de trabajo como de las trabajadoras, debemos revisar la normativa de protección de datos, aplicable tanto a las relaciones laborales como a los estadios previos al contrato de trabajo[21].

La protección de los datos personales y el respeto de la vida privada son derechos fundamentales europeos. De modo muy esquemático, el marco normativo de la protección de datos sería el siguiente:

En el espacio del Consejo de Europa, el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950, consagra el derecho de toda persona al respeto de la vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. Asimismo, el Convenio 108, de 28 de enero de 1981, para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, fue el primer instrumento internacional jurídicamente vinculante adoptado en el ámbito de la protección de datos. Se trata de un instrumento multilateral de carácter vin-

19 Extensamente, Bariffi, F.J., "Inteligencia artificial, derechos humanos y discapacidad. ¿Reflejo de los prejuicios humanos u oportunidad del transhumanismo?, en De Lorenzo García, R. y Pérez Bueno, L.C., *Nuevas fronteras del derecho de la discapacidad*, volumen II, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, especialmente páginas 121-24.

20 Aprobada por la Asamblea de la ONU el 13 de diciembre de 2006, junto con su Protocolo Facultativo, ratificado por España mediante Instrumento de ratificación publicado en el BOE de 21 de abril de 2008.

21 No obstante, tal como indica ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., "Prólogo" al libro de ALAMEDA CASTILLO, M.T., *Estadios previos al contrato de trabajo y Discriminación*, Cuadernos de Aranzadi Social, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, página 20, "El Derecho del Trabajo todavía no se ocupa de una manera suficiente y eficaz de la problemática que suscita la aplicación del principio constitucional de no discriminación a los procesos de búsqueda y de selección del empleo".

culante y tiene vocación de convertirse en un estándar internacional en materia de privacidad en la era digital. Tiene como fin garantizar a cualquier persona física el respeto de sus derechos y libertades fundamentales, concretamente su derecho a la vida privada, con respecto al tratamiento automatizado de los datos de carácter personal correspondientes a dicha persona. Con el Protocolo que ha modificado el Convenio (108+) se pretende ampliar su ámbito de aplicación, aumentar el nivel de protección de los datos y mejorar su eficacia. El protocolo ha sido ratificado por España el 28 de enero de 2021, tras la aprobación por la Unión Europea para poder ratificar los Estados Miembros este nuevo instrumento internacional.

Por su parte, en el ámbito de la Unión Europea, se recoge tanto en los Tratados Fundacionales (art. 16 del Tratado de Funcionamiento de la UE y en el Tratado de la Unión, dentro de las disposiciones específicas sobre política exterior y de seguridad común); como en los artículos 7 (vida privada) y 8 (protección de datos de carácter personal) de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE. Según el apartado segundo de este último artículo, "[e]stos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que le conciernan y a obtener su rectificación". Asimismo, se establece que "[e]l respeto de estas normas estará sujeto al control de una autoridad independiente" (apartado 3 del artículo 8). También se recoge en el Pilar Europeo de Derechos Sociales, aprobado en Gotemburgo en noviembre de 2017, en el cual queda reflejada la importancia de la tutela de la protección de datos en el ámbito laboral en el principio 10 en el que se afirma que: "Los trabajadores tienen derecho a la protección de sus datos personales en el contexto del empleo".

Dentro de los actos legislativos de la UE vigentes en materia de protección de datos el más importante, a los efectos del presente trabajo, es el Reglamento general de protección de datos (en adelante, RGPD). En mayo de 2018 entró en vigor el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos). Su objetivo es proteger a todos los ciudadanos de la Unión frente a las violaciones de la privacidad y de los datos personales en un mundo cada

vez más basado en los datos, creando al mismo tiempo un marco más claro y coherente para las empresas.

Los datos personales de las personas candidatas a un puesto de trabajo o de los empleados de una empresa, van a poder ser gestionados por las empresas cumpliendo con las reglas de esta normativa. Sin poder desarrollar este asunto en toda su extensión, las claves generales para ello son las cuatro siguientes:

- La información que se debe facilitar a la persona:

  Los artículos 13 y 14 del RGPD disponen que el responsable del tratamiento, normalmente el empleador, debe informar a las personas trabajadoras, de forma concisa, transparente, inteligible y de fácil acceso, con un lenguaje claro y sencillo, sobre el tratamiento de datos que está llevando a cabo. Tal como se ha interpretado[22] "[l]a información facilitada a un interesado no debe contener lenguaje o terminología de naturaleza excesivamente legal, técnica o especializada, y deben evitarse expresiones indefinidas como «podría», «algunos», «frecuentemente» y «posible»".

- La base jurídica que permite el tratamiento:

  A los efectos de lo que nos interesa en este trabajo, tal como establece el artículo 6.1.b RGPD, el tratamiento por la empresa sólo será lícito bien si se cuenta con el consentimiento de la persona que está en un proceso de selección, bien para la ejecución del contrato de trabajo, cuando la persona ya es trabajadora en la entidad. Ahora bien, el consentimiento debe ser inequívoco, para un fin específico, debe ser previamente informado y exclusivamente referido a los datos estrictamente necesarios tal como indicamos a continuación. Con todo, en línea de lo establecido por el considerando 43 RGPD, la posición de desequilibrio entre la empresa y la persona trabajadora exige extremar las cautelas y, en particular, el respeto a los principios de proporcionalidad y de limitación de la finalidad[23].

22 Directrices sobre transparencia en virtud del Reglamento 2016/679 del Grupo de Trabajo del Artículo 29, citado en Agencia Española de Protección de Datos, *La protección de datos en las relaciones laborales,* mayo 2021, página 11, documento electrónico accesible en: https://www.aepd.es/es/documento/la-proteccion-de-datos-en-las-relaciones-laborales.pdf [2021, julio, 11].

23 Agencia Española de Protección de Datos, *La protección de datos en las relaciones laborales,* citado, páginas 8-11, el entrecomillado en página 8.

- El principio de minimización de los datos:

  El empresario no puede conocer cualquier tipo de dato personal de las personas trabajadoras o de las candidatas a un puesto de trabajo. El principio de minimización de datos exige que los datos personales sean "adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados" [art. 5.1.c) del RGPD].

  El dato de la discapacidad por supuesto es uno de los que puede utilizar la empresa, sobre todo en orden al cumplimiento de la obligación de contratación de un número mínimo de trabajadores con discapacidad para empresas de cierto tamaño, como es el caso de España[24], también en relación a la cotización a la Seguridad Social y una adecuada Prevención de Riesgos Laborales.

- El principio de responsabilidad proactiva del responsable del tratamiento (artículos 5.2 y 24 RGPD), quien "aplicará medidas técnicas y organizativas apropiadas a fin de garantizar y poder demostrar que el tratamiento es conforme" con el Reglamento, teniendo la obligación de revisar y actualizar las medidas "cuando sea necesario". Por tanto, ante una posible reclamación de discriminación será el empresario quien deba demostrar que el tratamiento desde el diseño (art. 25 RGPD) y en su aplicación cumple con las exigencias de esta norma europea.

Por su parte, en relación a las personas con discapacidad va a tener especial significación el régimen diferenciado para algunas categorías de datos personales establecido en el art. 9.1 RGPD. En efecto, este artículo establece la prohibición de tratamiento de datos que puedan revelar "el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, o la afiliación sindical, y el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, datos relativos a la salud o datos relativos a la vida sexual o la orientación sexual de una persona física". Como quiera que la discapacidad tiene relación con datos médicos o relativos a la salud de la persona, el tratamiento de este dato estará proscrito salvo que se cumpla alguna de las excepciones previstas en el apartado segundo del mismo precepto. Si

24 Art. 42 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, que establece que las empresas de 50 o más empleados deben contratar a un mínimo de 2% de personas con discapacidad.

ya es un trabajador en la empresa, la condición de persona con discapacidad, como antes indicamos, va a poderse gestionar a los efectos del cumplimiento del contrato de trabajo [excepción prevista en el apartado 9.2.b) RGPD], o para el cumplimiento de medidas preventivas [específicamente previstas en el 9.2.h RGPD]. Ahora bien, para el caso de los estadios previos al contrato de trabajo, el tratamiento de este tipo de dato personal[25] sólo será posible bien si es un dato manifestado expresamente por la persona interesada [art. 9.2.e) RGPD], bien si la persona ha dado su consentimiento expreso y con todas las cautelas antes indicadas [art. 9.2.a) RGPD], a petición del interesado para la aplicación de medidas precontractuales [art. 6.1.b) RGPD]. Por tanto, se va a requerir siempre y en todo caso el consentimiento del demandante de empleo y, además, siempre limitado a los fines previamente informados, específicos y proporcionales para el que se pidió el consentimiento pues el derecho a la protección de datos de la persona interesada prevalece sobre el interés legítimo [art. 6.1.f) RGPD] del empresario en llevar a cabo un proceso de selección lo más completo posible.

La condición de persona con discapacidad puede ser un dato requerido para aquellos procesos de selección que estén reservados, como medida de acción positiva, para trabajadores con discapacidad. Pero, para el caso que la oferta no esté especialmente diseñada y restringida a este colectivo, el dato de la discapacidad lo va a poder tratar la empresa exclusivamente si la persona muestra su condición en el Currículum o si consiente expresamente durante el proceso de selección. En otro caso, la empresa no podrá gestionar ni tener en cuenta ese dato, sobre todo, si es para tomar decisiones contrarias a los intereses de la persona con discapacidad. En este punto es especialmente relevante la regulación del RGPD sobre la aplicación de sistemas de IA, pues el empresario podría utilizar estas tecnologías para conocer la discapacidad del demandante de empleo, sin que éste lo haya manifestado expresamente.

La regulación de la IA se recoge en el art. 22 RGPD. Este precepto está situado en el capítulo tercero de la norma donde se regulan los derechos del interesado, sección cuarta, relativa al derecho de oposición y decisiones individuales automatizadas. Reconoce el derecho de toda persona "a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles, que produzca efectos jurídicos en él o le afecte signi-

25 Extensamente sobre el tema, De Val Tena, A.L., "La protección de datos personales en los procesos de selección de los trabajadores; en particular, aquellos datos especialmente sensibles", citado, 2020, páginas 101-108.

ficativamente de modo similar". Por consiguiente, este artículo establece una prohibición de toma de decisiones sin intervenciones humanas. En el apartado segundo del precepto, se exceptúan algunas situaciones, entre las que se recogen la celebración o ejecución de un contrato o el consentimiento del afectado. Ahora bien, como antes indicamos, en el ámbito laboral el consentimiento del trabajador o del demandante de empleo está mediatizado por su interés en la obtención del puesto de trabajo o en el mantenimiento del mismo por lo que hay que considerarlo que en ocasiones no es garantía suficiente para el tratamiento. En todo caso, el RGPD exige (art. 22.3), para el supuesto de ser posible el tratamiento automatizado de decisiones, tres garantías adicionales: el responsable del tratamiento "adoptará las medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos del interesado, como mínimo el derecho a obtener intervención humana por parte del responsable, a expresar su punto de vista y a impugnar la decisión". En fin, de conformidad con el Considerando 71 del RGPD la persona tendrá derecho a recibir una explicación de la decisión tomada por la evaluación automática que se le haya ejecutado. Por tanto, siempre debe haber intervención humana que, además, tal como lo interpreta la Agencia de Protección de Datos española debe ser significativa (no un gesto meramente simbólico), "[d]ebe llevarse a cabo por parte de una persona autorizada y competente para modificar la decisión (…) [y] debe tener en cuenta todos los datos pertinentes"[26]. Si, además, añadimos que lo que se va a tratar de forma automatizada es la condición de persona con discapacidad, que es un dato especialmente sensible, debe partirse de la prohibición de gestionar esta información, sobre todo si es para tomar decisiones contrarias a los intereses de dicha persona (art. 22.4 RGPD).

Como conclusión de la regulación del RGPD en relación al tratamiento de datos en los procesos de reclutamiento y selección de trabajadores en una empresa podríamos decir que exige la máxima transparencia y el consentimiento inequívoco e informado del candidato al puesto de trabajo y, además, deben tratarse los datos mínimos para que sea declarado proporcional al objetivo perseguido para esta gestión de datos. Asimismo, el RGPD impide el tratamiento totalmente automatizado, por lo que reduce las posibilidades de la IA que tome decisiones sin actuación humana. Tal como reconoce la Agencia Española de Protección de Datos "no resulta admisible que las decisiones basadas en la

26 Agencia Española de Protección de Datos, *La protección de datos en las relaciones laborales,* citado, página 24.

utilización de algoritmos y la elaboración de perfiles en el proceso de selección produzcan discriminación. Cuando el resultado de la decisión vulnere derechos fundamentales, el diseño del algoritmo debe ser modificado". Por ello, exige que "[e]n el diseño e implementación del algoritmo deberá realizarse una evaluación de impacto (aplicando el art. 35.3 del RGPD)[27].

Además del RGPD, la UE ha llevado a cabo numerosas actuaciones sobre la IA para tratar de hacer frente a su impacto en las relaciones laborales, estableciendo un marco ético en el que ponga a las personas trabajadoras en el centro del desarrollo de estas nuevas tecnologías[28]. Se ha criticado que, por ahora, se trata de intervenciones propias de soft law[29]. De manera muy reciente, la UE parece haber cambiado de enfoque y pasar del soft al hard law, con la propuesta de una regulación general directamente aplicable a través del Proyecto de Reglamento sobre IA[30]. Sin poder desarrollar el tema por cuestiones de espacio de la presente comunicación, indicamos al menos las siguientes ideas:

- Los sistemas de IA que se utilizan en el empleo y la gestión de los trabajadores, sobre todo para la contratación y la selección de personal, o para la toma de decisiones relativas a la promoción y la rescisión de contratos, o para la asignación de tareas y el seguimiento o la evaluación de personas en relaciones contractuales de índole laboral, se consideran de "alto riesgo" (Considerando 36 y capítulo III, artículos 16-29).

27 Agencia Española de Protección de Datos, *La protección de datos en las relaciones laborales,* citado, página 24.

28 Entre ellas, Comisión Europea, *Libro Blanco sobre la inteligencia artificial. Un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza,* COM (2020) 65 final, 19/02/2020; Comisión Europea, Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones*, Generar confianza en la inteligencia artificial centrada en el ser humano,* 08/04/2020, accesible en: https://ec.europa.eu/transparency/documents-register/detail?ref=COM(2019)168&lang=es [2021, julio, 11]; Parlamento europeo, *The ethics of artificial intelligence: issues and initiatives*, marzo de 2020, accesible en:https://www.europarl.europa.eu/thinktank/es/document.html?reference=EPRS_STU%282020%29634452 [2021, julio, 11]; Parlamento europeo, *Artificial intelligence: how does it work, why does it matter, and what can we do about it?*, junio de 2020, accesible en: https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=EPRS_STU(2020)641547 [2021, julio, 11].

29 García Quiñones, J.C., en la conferencia "Inteligencia artificial y relaciones laborales", impartida en el Seminario Extraordinario "Transformaciones y desafíos en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social", Universidad Complutense de Madrid, 16 de junio de 2021.

30 UE, Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de Inteligencia Artificial (Ley de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión, COM (2021) 206 final, 21 de abril de 2021.

- La consideración de sistemas de IA de alto riesgo supone que están permitidos en el mercado europeo siempre que cumplan determinados requisitos obligatorios y sean sometidos a una evaluación de conformidad con anterioridad a su puesta en marcha que garantice su fiabilidad. Asimismo, esta evaluación o certificación ex ante se complementa con una estricta supervisión ex post, y ello porque como indica su Exposición de Motivos (páginas 15-16) "la intervención reguladora se encuentra en una fase temprana, que el sector de la IA es muy innovador y que apenas están empezando a acumularse los conocimientos necesarios para llevar a cabo auditorías".
- Se les exige unos requisitos estrictos de actualización de la documentación técnica, registro en una base de datos, gestión de calidad, calidad de los datos, transparencia, comunicación, información a los usuarios, vigilancia humana, solidez, precisión y seguridad del sistema. Se establece, además, un marco para que los organismos notificados participen en los procedimientos de evaluación de la conformidad como terceros independientes.

Por tanto, podemos concluir que, sin duda, si se mantiene en los términos que se conocen actualmente, se trata del instrumento normativo más completo sobre la materia que va a poder proteger los derechos de las personas frente a la discriminación que podría provocar el sesgo de los sistemas de IA (considerando 44). Las exigencias de transparencia, de explicación de los resultados que se derivan de la actuación automática de los algoritmos y las atribuciones de responsabilidad a quien utilice o provea esta tecnología es un escenario muy alentador.

C) El gran desafío: evitar los sesgos de la IA

En la toma de decisiones que llevamos a cabo los humanos existen sesgos, o atajos mentales para tomar decisiones de forma rápida y eficaz. Tal como los define la Real Academia Española son errores sistemáticos en el que se puede incurrir cuando al hacer muestreos o ensayos se seleccionan o favorecen unas respuestas frente a otras. En relación a las personas con discapacidad, es frecuente que existan prejuicios y conceptos erróneos que dificultan su inclusión sociolaboral. Estos sesgos lo cierto es que pueden mantenerse en los sistemas de IA, consolidando -e, incluso, acentuando- una dinámica de discriminación en

relación al colectivo[31]. Ello puede producirse por varios motivos, bien porque no se recojan datos de personas con discapacidad; si los algoritmos no toman en consideración la variable discapacidad no van a aprender la información necesaria para normalizarla y no discriminarla. Por tanto, se crean sistemas de IA basados en modelos de normalidad que excluyen o no tienen en cuenta la diversidad de las personas con discapacidad. Puede ocurrir también que el entrenamiento del modelo se haya basado en datos que incluyen estereotipos y prejuicios respecto de la discapacidad. La discriminación indirecta puede venir también por el uso incorrecto de decisiones algorítmicas como, por ejemplo, tomar en cuenta el tiempo de respuesta de determinadas preguntas de selección o de realización de las tareas de un puesto de trabajo si no tiene en cuenta las adaptaciones necesarias de las personas con discapacidad. En fin, el uso de sistemas de IA que no permitan la participación o toma de decisiones del colectivo en su diseño, puesta en marcha y control de su aplicación.

Para erradicar estos sesgos se debería, pues, actuar de modo contrario a lo que se acaba de describir: tener suficientes datos de personas con discapacidad en el diseño del modelo; evitar consecuencias negativas de la variable discapacidad en la puesta en marcha del sistema de IA; tomar en cuenta las adaptaciones necesarias que precisen estas personas y, en fin, incluir la participación del colectivo en las auditorías previas y posteriores de estas tecnologías, para eliminar toda sospecha de actuación que impida o dificulta la inclusión sociolaboral y el mantenimiento del puesto de trabajo de las personas con discapacidad. En fin, qué duda cabe que el mejor método de creación de la IA es aquel en el que se cumple el marco ético -conocido por su acrónimo en inglés FATE- donde hay equidad, responsabilidad, transparencia y explicabilidad[32], a la que habría que añadir que ésta sea en términos accesibles y la participación del colectivo.

D) El control de los trabajadores: el ejemplo de una reciente ley española

Sobre el impacto de la IA en el control de los trabajadores realizaremos únicamente una breve reflexión en relación a una reciente norma aprobada en España por la cual se obliga a la empresa que utilice algoritmos que pueden

31 Bariffi, F.J., "Inteligencia artificial, derechos humanos y discapacidad…", citado, páginas 114 y 124-127. También, Álvarez Cuesta, H., "El impacto de la inteligencia artificial en el trabajo…", citado, páginas 32-34.

32 MIT, Assessing AI Readiness: Planning for Today — and Tomorrow, Strategy Guide, MIT SMR CONNECTIONS, julio 2021, página 4.

tener efecto sobre las condiciones laborales a informar a los representantes de los trabajadores[33]. En concreto, la obligación incumbe a cualquier empresa, y no sólo a las plataformas digitales, y abarca a notificar no sólo si se está utilizando un algoritmo sino también sobre "los parámetros, reglas e instrucciones de funcionamiento" de dicho algoritmo o sistema de IA que puede tener efectos en "la toma de decisiones que pueden incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles". En principio, esta exigencia parece indiferente al nivel de implicación o protagonismo del algoritmo en la decisión empresarial, por lo que los representantes de los trabajadores tendrán derecho a conocer la existencia de un sistema de IA, aunque éste sea instrumental a la toma de decisiones de la empresa, cuestión que es importante porque, en ocasiones, lo verdaderamente relevante es la existencia en sí misma de la utilización del algoritmo por la empresa[34].

Resulta una novedad muy pertinente pues, como se ha indicado la irrupción de ciertas tecnologías están logrando "intensificar, a extremos insospechados en el pasado, la capacidad de vigilancia y seguimiento de la actividad del trabajador por parte del empleador" y ello debido fundamentalmente a que se están convirtiendo en medios poco costosos que permiten "su extensión a la generalidad de las empresas"[35].

En España, la legislación laboral parte de la premisa que son lícitas las medidas que el empleador estime más oportunas para la vigilancia y control para verificar el cumplimiento por parte del trabajador de sus obligaciones y deberes laborales (art. 20.3 Estatuto de los Trabajadores). En principio, son admitidos todos los medios de control siempre que respeten la dignidad y los derechos fundamentales del trabajador. En relación a las personas con discapacidad, lo relevante es que dichos métodos de vigilancia y control sean accesibles y tengan

33 Novedad legislativa establecida en el Real Decreto-Ley 9/2021, de 11 de mayo, que introduce una nueva letra d) en el apartado 4 del artículo 64 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

34 En el mismo sentido, Todolí Signes, A., "Cambios normativos en la digitalización del trabajo: comentario a la "ley rider" y los derechos de información sobre los algoritmos", *Revista IusLabor,* número 2, 2021, páginas 28-65, especialmente páginas 46, 51-52. Un ejemplo de la información del uso de algoritmo en selección y gestión salarial, lo tenemos en el III Convenio Colectivo de Puertos del Estado y Actividades Portuarias, publicado en Boletín Oficial del Estado de 9 de julio de 2019, páginas 157, 159 y 182.

35 Cruz Villalón, J., "Las facultades de control del empleador ante los cambios organizativos y tecnológicos", en *Revista Temas Laborales,* número 150, 2019, pp. 15-16.

en cuenta las posibles adaptaciones que precisen para la realización de su desempeño laboral, incluidos los ajustes razonables[36].

Si, como antes vimos, el RGPD de la UE establece, por un lado, un derecho a la información (arts. 13 y 14) sobre el tratamiento de datos que el empleador pueda estar llevando a cabo y, por otro, una limitación para la realización de tratamiento automatizado de datos sin actuación humana (art. 22), la nueva norma añade un derecho de carácter colectivo para que quien sea informada sea la representación de los trabajadores.

El contenido exacto de la información a procurar no está claramente definido en la norma[37] y es un campo abonado a la negociación colectiva, existiendo ya algún ejemplo en nuestro país sobre este asunto[38].

Para las personas con discapacidad la información de la gestión algorítmica debe conllevar, además, como antes indicamos, la explicabilidad (suficiente explicación accesible del diseño y de la implementación), el compromiso empresarial de tener en cuenta las adaptaciones necesarias para el colectivo y, en fin, su participación en la auditoría previa y posterior a su puesta en marcha. Si no se tienen en cuenta las adaptaciones del puesto de trabajo que puedan tener los trabajadores con discapacidad, las decisiones empresariales sobre el control del cumplimiento de su prestación laboral pueden conllevar situaciones de discriminación, al exigírseles unos resultados no adaptados (en tiempos, plazos o cantidades) a sus circunstancias personales. No obstante, no debe desdeñarse el potencial de la tecnología algorítmica para lograr el ajuste del puesto de trabajo para las personas trabajadoras en general, y con discapacidad en particular.

36 Artículos 2, 5 y 27 de la Convención de la ONU sobre Derechos de las personas con discapacidad. En España, artículos 2.m), 22, 40 y 66 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

37 Sobre el mismo, vid., Todolí Signes, A., "Cambios normativos en la digitalización del trabajo: comentario a la "ley rider" y los derechos de información sobre los algoritmos", citado, páginas 48-51.

38 Como, por ejemplo, el artículo 80.5 del XXIV Convenio Colectivo de la Banca, publicado en el Boletín Oficial del Estado de 30 de marzo de 2021, que establece la obligación para las empresas de informar a la representación legal de los trabajadores "sobre el uso de la analítica de datos o los sistemas de inteligencia artificial cuando los procesos de toma de decisiones en materia de recursos humanos y relaciones laborales se basen, exclusivamente en modelos digitales sin intervención humana. Dicha información, como mínimo, abarcará los datos que nutren los algoritmos, la lógica de funcionamiento y la evaluación de los resultados".

Esta norma española en la que se da herramientas al control colectivo en las relaciones laborales, se añade a la actuación de las autoridades de Protección de Datos de los países miembros de la UE[39] para poner cerco a los peligros de una gestión de personal a través del uso de sistemas de IA sin las debidas garantías para los trabajadores.

4. LA ROBÓTICA INCLUSIVA COMO APOYO PARA LA INCLUSIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

La robótica puede ser una gran aliada para la inclusión laboral de las personas con discapacidad. Adaptaciones de puesto de trabajo que antes parecían impensables, son ahora posibles gracias a la tecnología[40]. Vamos a revisar varios ejemplos de innovaciones tecnológicas que pueden facilitar la inclusión laboral del colectivo, sobre todo, para discapacidades físicas y sensoriales. En este sentido, la robótica inclusiva ayuda a la accesibilidad universal para personas con discapacidad, impulsando su vida independiente y su participación en todos los aspectos de la vida en igualdad de condiciones con el resto de la población.

Hay diferentes aproximaciones conceptuales a la Robótica y a los robots. En este trabajo, partimos de una visión amplia y acogemos la definición de la Enciclopedia Británica, como "cualquier máquina operada automáticamente que reemplaza a la fuerza humana, aunque no se asemeja a los seres humanos en apariencia ni realiza sus funciones de la misma manera"[41]. El aspecto esencial es que se trata de "un mecanismo guiado por controles automáticos"[42] y, de esta

39 Un ejemplo reciente lo encontramos en la multa de 2,6 millones de euros que la Agencia de Protección de Datos italiana impone a una plataforma del grupo Glovo. La autoridad italiana considera ilegal diversos aspectos de la gestión algorítmica llevada a cabo por la empresa, entre ellos: la información, el registro de tratamientos y la evaluación de impacto; los tiempos de almacenamiento de los datos procesados; la identificación de medidas adecuadas para proteger los derechos, libertades e intereses legítimos de la parte interesada, al menos el derecho a obtener la intervención humana del responsable del tratamiento, a expresar su opinión y a impugnar la decisión; la identificación de medidas apropiadas destinadas a verificar periódicamente la exactitud de los resultados de los sistemas algorítmicos también con el fin de asegurar que el riesgo de errores se reduce al mínimo y, en fin, la identificación de medidas adecuadas destinadas a introducir herramientas para evitar el uso indebido y discriminatorio de mecanismos reputacionales basados en retroalimentación para el cálculo de la puntuación de los repartidores. Toda la información accesible en: Orden judicial contra Foodinho s.r.l. - 10 de junio de 2021... - Garante de privacidad (garanteprivacy.it) [2021, julio 13].

40 Misma idea en Bariffi, F.J., "Inteligencia artificial, derechos humanos y discapacidad…", citado, páginas 128-130.

41 Mercader Uguina, J., "La robotización y el futuro del trabajo", en *Revista Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, 27, 2017, pp. 13-24.

42 Ortega, A., *La imparable marcha de los robots*, Madrid, Alianza Editorial, 2016, pp. 14-16.

manera abarca la robótica inclusiva[43], predominantemente interactiva en el sector de los servicios y otros como, por ejemplo, la sanidad.

4.1. Algunos ejemplos de robótica inclusiva para personas con discapacidad

4.1.1. Discapacidades físicas[44]

Se han producido avances en el manejo de los ordenadores, especialmente en el movimiento del cursor, a través, por ejemplo, del HeadMouse. Mediante este sistema es posible controlar su movimiento con ligeros movimientos de la cabeza y realizar acciones de clic con gestos faciales. Estos movimientos son captados por una cámara instalada en el ordenador. Otro avance es el VirtualKeyBoard, un teclado que aparece en la pantalla y que las personas con discapacidad pueden manejar a través del HeadMouse. Pero el sistema más innovador en este ámbito es el de eye-tracking, en el que el control se realiza exclusivamente con los ojos. El ordenador se detiene donde el ojo mira emitiendo rayos infrarrojos que identifican la pupila del ojo. No es necesario hacer clic, porque un panel lateral muestra las distintas funciones posibles que también se seleccionan con el ojo.

También nos referimos al proyecto APR (Personal Robotic Assistant): un robot humanoide que puede moverse fácilmente en un entorno de trabajo y que sirve para la presencia del teletrabajador. El robot se controla mediante un smartphone o una tableta. Está en fase de pruebas.

4.1.2. Discapacidad sensorial:

4.1.2.1. Afectación del habla:

Speech Assitant AAC[45] es una aplicación de voz de texto diseñada para las personas con problemas de habla. Esto puede ser en el caso de afasia, autismo, derrame cerebral, problemas en las cuerdas vocales u otros problemas del habla.

---

43 Sánchez-Urán Azaña, Y. y Grau Ruiz, M.A. *Robotics and Work: Labor and Tax regulatory Framework.* In International Congress Technological Innovation and Future of Work, 5th and 6 th April, 2018, Santiago de Compostela, pp. 5-6. Online document: https://eprints.ucm.es/id/eprint/47718/.

44 Cordero Gordillo, V. et al., "La integración laboral de personas con discapacidad en la era digital. Perspectiva internacional", en OIT, *Congreso interuniversitario sobre el futuro del trabajo,* Vol. II, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2020, pp. 325-326.

45 https://www.iaccessibility.com/apps/speech/index.cgi/product?ID=330 [2021, abril, 29].

Con la aplicación se pueden crear categorías y frases, que se colocan en botones. Con estos botones se pueden crear mensajes que pueden mostrarse o hablarse (texto a voz). También es posible escribir cualquier texto utilizando el teclado.

4.1.2.2. Personas ciegas:

Hay cuatro tecnologías diferentes que se utilizan para superar las barreras de las personas ciegas.

1) Reloj inteligente[46]: A diferencia de la mayoría de los smartwatches de asistencia para ciegos, que se basan en indicaciones sonoras, este modelo muestra mensajes de cuatro caracteres braille a la vez en su pantalla. Su cara redonda muestra cuatro celdas de seis bolas cada una, y permite a los usuarios enviar respuestas o acciones sencillas a través de sus dos botones laterales.
2) Gafas inteligentes[47]: En su interior hay dos pantallas LED y potentes prismas. También hay un procesador en el visor y todo está conectado a un pequeño controlador/paquete de baterías (tiene entre 3 y 4 horas de autonomía). Las imágenes recogidas por la cámara y los datos de los sensores, que ayudan a mantener la imagen enfocada, se procesan en el visor y luego se muestran en diminutas pantallas duales a escasos milímetros de los ojos de la persona.
3) Aplicación Seeing AI[48]: Esta aplicación no solo reconoce a una persona por su cara, sino que también puede transmitir su estado de ánimo en función de las expresiones faciales, estimar la proximidad de una persona al usuario y describir sus características físicas. Esta aplicación también puede identificar productos a partir de su código de barras, una función destinada a facilitar las compras. La aplicación emite una serie de pitidos para indicar lo cerca que está el visor del código de barras, lo que ayuda a los usuarios a alinear la cámara correctamente. Del mismo modo, al leer documentos a los usuarios,

46 https://mashable.com/2017/02/22/dot-smartwatch-retails/?europe=true#bgBU0sva5aq1 [2021, abril, 29].

47 https://mashable.com/2017/02/15/esight-3-smart-glasses-vision-legally-blind/?europe=true [2021, abril, 29].

48 HTTPS://TIME.COM/4854658/IPHONE-APPS-VISUALLY-IMPAIRED-MICROSOFT/ [2021, abril, 29].

Seeing AI proporcionará pistas habladas para asegurarse de que todas las esquinas del papel se capturan correctamente.

4) Edgguide[49]: es una colaboración entre CACI[50] y el Blind Institute of Technology (BIT)[51] para ofrecer una solución de apoyo para localización en interiores para los ciegos y las personas con discapacidad visual para que todos puedan disfrutar de una experiencia mejorada por la tecnología. Se ha puesto en marcha con una prueba piloto en el Museo de la Naturaleza y la Ciencia de Denver que finalizó en la primavera de 2020.

Los avances tecnológicos en el área de la robótica inclusiva son muy esperanzadores. La tecnología va a permitir que barreras sociales existentes en los puestos de trabajo puedan ser superadas. Los ejemplos que acabamos de describir permiten que personas con discapacidad puedan realizar su trabajo. Por ello, puede concluirse que la robótica inclusiva es un apoyo a la inclusión laboral del colectivo de personas con discapacidad. Ahora bien, las adaptaciones son escasas y, además, sólo abordan las barreras para las discapacidades físicas y sensoriales. Se queda fuera la accesibilidad cognitiva cuyas herramientas más habituales son la lectura fácil y los sistemas de comunicación aumentativa y alternativa[52]. Asimismo, tampoco se está avanzando en adaptaciones para la discapacidad psicosocial.

5. CONCLUSIONES

Para terminar, vamos a recoger las principales ideas expuestas en el presente trabajo.

El impacto de la IA en las relaciones laborales es evidente. En este contexto, se debe prestar especial atención a las consecuencias de esta nueva tecnología en relación a grupos vulnerables, entre ellos, las personas con discapacidad.

La normativa de protección de datos atesora ciertos mimbres para una regulación adecuada de la IA. No obstante, la UE ha puesto en marcha diversos instrumentos específicos para la tecnología algorítmica. Por ahora, se enmarcan

49 https://blindinstituteoftechnology.org/edgguide/ [2021, abril, 29].
50 https://www.caci.com [2021, abril, 29].
51 https://www.asha.org/public/speech/disorders/aac/ [2021, abril, 29].
52 https://www.iaccessibility.com/apps/speech/index.cgi/product?ID=330 [2021, abril, 29].

todos dentro del soft law, pero de manera muy reciente, la UE parece haber cambiado de enfoque con la propuesta de una regulación general directamente aplicable a través del Proyecto de Reglamento sobre IA. Si se mantiene en los términos que se conocen actualmente, se trata de un instrumento normativo muy completo que va a poder proteger los derechos de las personas frente a la discriminación que podría provocar el sesgo de los sistemas de IA.

En relación al reclutamiento y selección de personal el riesgo de discriminación es aún mayor que en la actualidad. Los algoritmos son, por regla general, oscuros y en absoluto neutros. Se precisa transparencia y explicitar las razones de la decisión que adoptan.

El reto fundamental es erradicar los posibles sesgos de la IA para lo cual deben tenerse suficientes datos de personas con discapacidad en el diseño del modelo; evitar consecuencias negativas de la variable discapacidad en la puesta en marcha del sistema; tomar en cuenta las adaptaciones necesarias que precisen estas personas y, en fin, incluir la participación del colectivo en las auditorías previas y posteriores de estas tecnologías, para eliminar toda sospecha de actuación que impida o dificulte la inclusión sociolaboral y el mantenimiento del puesto de trabajo de las personas con discapacidad.

Por lo que respecta al control del desempeño, el ejemplo de la normativa española que impone la información de la gestión algorítmica a la representación de los trabajadores es una buena referencia. Para el colectivo de trabajadores con discapacidad debería añadirse que sea una transparencia accesible, con información suficiente e inteligible y, además, que deba tener en cuenta las adaptaciones del puesto de trabajo que necesiten dichos empleados pues, si no se tienen en cuenta, las decisiones empresariales sobre el control del cumplimiento de su prestación laboral pueden conllevar situaciones de discriminación.

En fin, para terminar, se ha comprobado cómo la robótica puede ser una gran aliada para la inclusión laboral de las personas con discapacidad. Adaptaciones de puesto de trabajo que antes parecían impensables, son ahora posibles gracias a la tecnología. Ahora bien, dichos apoyos técnicos por ahora son escasos y, además, sólo abordan las barreras para las discapacidades físicas y sensoriales, quedándose fuera las personas con discapacidad intelectual y psicosocial.

HACIA UNA RE-DIMENSIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL TRABAJO. ANÁLISIS PROSPECTIVO PARA LA NUEVA ERA TECNOLÓGICA

MARINA FERNÁNDEZ RAMÍREZ

(Cód. Orcid 0000-0001-7553-1234). Licenciada en Derecho (1990). Examen de grado (1994) y Doctorado (1994), con calificación ambos de sobresaliente. Actualmente, Prof. Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la UMA. Actividad docente calificada de "Excelente" por la UMA, así como, 5 quinquenios y un sexenio de investigación reconocidos. Destacando significadamente mis ponencias en Congresos, seminarios y jornadas de carácter nacional e internacional; estancias en centros universitarios extranjeros; participación en Proyectos de innovación educativa, actividades I+D+i, Proyectos de Investigación estatales y UE. También he desempeñado cargos unipersonales de gestión universitaria en la UMA.

ABSTRACT: New technological developments have not only introduced changes in the legal, social and political spheres of our lives as citizens, but also new threats in the world of workers' fundamental rights. Such actions become somewhat invisible to public scrutiny, and therefore the apparent immateriality of the attacks calls for new forms of analysis that require the protection of these rights to be transformed and expanded. When it comes to fundamental rights, it is time to identify the safest way to guarantee them, to use technology as an engine for the democratisation and promotion of these rights, even if this means putting states and the judicial system in check. In this struggle, the state has played and continues to play a key role, which should be strengthened through supranational integration, creating broad global political and democratic spaces for the protection of these rights. This protection is more necessary than ever.

KEYWORDS: New era, fundamental labor rights, technology, challenges, regulatory changes.

1. CUESTIONES INTRODUCTORIAS

El trabajo es condición humana[1]. E igual que ayer, hablar hoy de los derechos de los trabajadores es también hacerlo sobre derechos humanos, dado que la existencia plena de aquellos, no deja de pertenecer al ámbito axiológico[2], al mundo de los valores, la ética y la moral. Fue sobre esta premisa, sobre la que el denominado "Derecho al Trabajo", provocó la aparición de un catálogo de derechos humanos también conocidos como derechos humanos laborales, inherentes al sujeto por el sólo hecho de ser persona y trabajar. Aun antes de que existieran las Naciones Unidas o se redactara la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) ya elaboraba y aplicaba una extensa variedad de normas provenientes de Declaraciones relacionadas con derechos en el trabajo (o derechos laborales) 3. Como resultado de una centuria de constantes sacrificios a nivel internacional y nacional, liderados por las iniciativas de los trabajadores de diversos países, las normas sobre Derechos Humanos (DDHH) relacionadas con el Trabajo están muy desarrolladas.

1 HÖFFE, O.: *Ciudadano Económico, Ciudadano del Estado, Ciudadano del Mundo. Ética política en la era de la globalización*, Buenos Aires, Katz, 2007, p. 21.

2 GÁMEZ JIMÉNEZ, J. M.: "Una reflexión teórica sobre el derecho del trabajo", *Revista de información laboral*, Nº. 5, 2017, pp. 59-76.

3 Conferencia Internacional del trabajo: "Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento", junio-1998.

En el orden comunitario, fundado mediante tratados internacionales, también se utiliza la expresión "derechos fundamentales" (DDFF), que incluye, explícitamente en ellos, derechos económicos, sociales y culturales, sin distinción alguna. Por lo tanto, en este caso, el uso de la expresión "derechos fundamentales" demuestra que este término no es propio del ámbito interno de los Estados, ni coto reservado al derecho constitucional, y que el término "derechos fundamentales" no es la manifestación jurídica de meras aspiraciones éticas, como se dice que pueden ser los DDHH, y, finalmente, que los DDFF no son los derechos humanos positivados en la Constitución y garantizados judicialmente. Es más, en el ámbito de la UE, el uso de la expresión "derechos fundamentales" demuestra que es un concepto amplio, intercambiable o sinónimo de los DDHH, ambos conceptos equivalentes en valor e igualmente jurídicos. Son materialmente idénticos y se distinguen sólo por su soporte normativo y los rasgos jurídicos propios de constituciones frente a tratados y convenios internacionales[4]. Y aunque el debate no es pacífico[5], pensamos que este antecedente sirve para reforzar el argumento en torno a la necesidad de suprimir la distinción, muy vigente en América Latina, entre DDFF y DDHH[6].

Como ya defendiera Bobbio[7], la cuestión de los derechos humanos en nuestro tiempo no es la de su fundamentación, sino la de su protección y, por tanto, centrado este primer debate, lo que importa señalar es que, hoy, las normas sobre Derechos Humanos relacionadas con el trabajo exigen ser redimensionadas para ser útiles a su objetivo de protección. Cuando revisamos estos derechos en el mercado laboral comprobamos que, no solo no hemos logrado llegar a la efectividad de un marco normativo real en las condiciones de trabajo, sino que están más amenazados que nunca. Ya en su "Informe 2008: El estado de los derechos humanos en el mundo"[8], Amnistía Internacional planteaba a todos los gobiernos el doble desafío de pedir disculpas por seis décadas de fracaso en

4 PRECIADO DOMÉNECH, C. H.: *Teoría general de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo*, ed. Aranzadi, 2018.

5 A favor de la distinción, PECES-BARBA MARTÍNEZ, G.: *Curso de Derechos Fundamentales*, Universidad Carlos III de Madrid Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999, pp. 36 y ss; ROBLES MORCHÓN, G.: *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*, Ed. Civitas, S.A., Madrid, 1997, pp. 20 y ss; MONEREO PÉREZ, J. L.: *La protección de los Derechos Fundamentales. El modelo europeo*, ed. BOMARZO, 2009, pp. 20 y sgs.

6 AGUILAR CAVALLO, G.: "Derechos fundamentales-derechos humanos. ¿Una distinción válida en el siglo XXI?", *Boletín mexicano de derecho comparado*, vol.43 no.127, ene./abr. 2010.

7 BOBBIO, N.: *El problema de la guerra y la vía de la paz.* Barcelona: Gedisa, 1992.

8 Recuperado de: https://www.amnesty.org/download/Documents/56000/pol100012008es.pdf.

derechos humanos y de renovar su compromiso para obrar mejoras concretas. Mientras que el mismo Informe 2017/18, señalaba: "*La batalla por los derechos humanos nunca se gana de forma definitiva en ningún lugar ni en ningún momento. Las fronteras cambian continuamente, por lo que nunca puede haber margen para la autocomplacencia. Probablemente nunca haya sido este hecho tan evidente en la historia de los derechos humanos*".

Asistimos a un cambio turbulento de época que no solo resetea a las anteriores, sino que lo hace generando desafíos sin precedentes para el mundo del trabajo y poniendo en jaque al pensamiento iuslaboralista. Ya no es posible hablar de futuro sin hablar de digitalización. De modo que todas y cada una de las tendencias mundiales que vive nuestro planeta, desde la globalización al cambio climático, y desde la transición tecnológica a los flujos migratorios y los cambios demográficos tienen una relación, ya sea causal, aplicativa o modificativa, directa o indirecta, con el proceso de transformación tecnológica.

Un factor determinante es la velocidad y amplitud del impacto de las nuevas tecnologías, infinitamente mayor que en anteriores revoluciones industriales, hasta el punto de que ya no podemos seguir hablando de revolución, transformación o transición digital[9]. Ahora, vivimos bajo una auténtica "consumación digital", que ha dejado atrás la transición y ha hecho de la revolución tecnológica el nuevo *statu quo*. Pensemos que las libertades analógicas se han convertido, en experiencias básicamente digitales. Es más, una parte sustancial de nuestra identidad, es también digital. Un repositorio de información sobre nuestras profundidades psíquicas, fruto de la exposición voluntaria de nuestra privacidad, que allana el camino a las empresas y les atribuye capacidades extraordinarias de vigilancia y seguimiento de nuestra identidad[10], fortaleciendo su estructura panóptica[11] y multiplicando, exponencialmente, las posibilidades de limitar e incluso anular nuestros derechos fundamentales como trabajadores[12]. Por lo tanto, el desafío ahora es saber cómo gestionar este escenario y conforme a qué reglas.

---

9 Así lo califica el gran pensador vienés POLANYI, K.: *La gran transformación: crítica del liberalismo económico* (Ensayo), 1944, ed. Fondo de Cultura Económica; 3ª edición, 2018; en la misma línea, PÉREZ LUÑO, A. E.: "El derecho ante las nuevas tecnologías", *Revista el Notario del siglo XXI*, n. 41, 2012, p. 14.

10 GARCÍA SALAS, A. I.: *Necesidades empresariales y derechos fundamentales de los trabajadores*, Madrid, LEX NOVA, 2016, p. 15.

11 GARCÍA JIMÉNEZ, R.: "El panoptismo: nuevas formas de control social", en *Contribuciones a las Ciencias Sociales*, 2009. (Consultar en: http://www.eumed.net/rev/cccss/06/rgj2.htm).

12 Situación que la doctrina viene señalando desde hace décadas. Nos remitimos a un especialista

Hoy, la alianza entre tecnociencia y empresa, imprime un inusitado sesgo de normalidad a eventuales transgresiones de los derechos fundamentales de los trabajadores y supone una lamentable vuelta al pasado, una clara regresión que engrosa el casuismo sobre la nueva esclavitud del siglo XXI, pero desde una perspectiva mucho más sofisticada y difusa[13]. Y aunque la primera irrupción real de la tecnología en la normativa del derecho laboral está vinculada con la protección de datos de los trabajadores, la onda expansiva llega más lejos, abarcando la puesta en peligro de otros derechos fundamentales como la dignidad, el secreto de las comunicaciones, el derecho al honor y a la propia imagen o la libertad ideológica, religiosa o de conciencia[14]. E igualmente, y en tanto que pueden tener conexión con el ejercicio de esas facultades de control, sería preciso referirse a la prohibición de discriminación, extendida a la igualdad de trato cuando el empleador es un poder público, la libertad de información y de expresión, la libertad sindical, así como el derecho de huelga, por sólo citar los más directamente involucrados[15].

Asistimos por todo ello a un "renacimiento" de la puesta en escena de los derechos fundamentales como respuesta al fenómeno de la denominada "contaminación de las libertades"[16]. Un contexto vital de cambios rápidos e impredecibles que entraña para los trabajadores una mayor vulnerabilidad y en los que el núcleo de protección, constituido por estos derechos fundamentales, es considerado como la única estructura estable de ordenación de las relaciones de trabajo[17]. La situación impele pues, al pensamiento jurídico y a los Estados,

en esta materia como GOÑI SEIN, J. L.: *El respeto a la esfera privada del trabajador: un estudio sobre los límites del poder de control empresarial*, ed. Civitas, 1988. Desde una óptica más actual, cfr. VIDAL JIMÉNEZ, R.: "El nuevo -panóptico- multidireccional: normalización consumista y espectáculo". *Culturales* vol. 2, nº.1 Mexicali ene/jun, 2014, p.187.

13 FERNÁNDEZ RAMÍREZ, M.: *El derecho del trabajador a la autodeterminación informativa en el marco de la actual empresa "neopanóptica*", Aranzadi, 2021, p. 22.

14 GOÑI SEIN, J. L.: "Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral individual: ¿Necesidad de una reformulación?", en VVAA.: *Los Derechos Fundamentales inespecíficos en la relación laboral y en materia de protección social*, Ediciones Cinca, Madrid, 2014, p. 21 y sgs.

15 Cfr. CRUZ VILLALÓN, J.: ""Las facultades de control del empleador ante los cambios organizativos y tecnológicos". *Temas laborales,* núm. 150, 2019, p. 19; SEGOVIANO ASTABURUAGA, M. L.: "El difícil equilibrio entre el poder de dirección del empresario y los Derechos Fundamentales de los trabajadores", en *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 2, 2004, p. 151.

16 PÉREZ LUÑO, A. E.: "Los derechos humanos en la sociedad tecnológica", en LOSANO, M. *et altri*, *Libertad informática y leyes de protección de datos,* Centro Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, p. 147.

17 GOÑI SEIN, J. L.: "Los derechos fundamentales inespecíficos…", *op, cit.*, p. 2.; BUSTAMANTE DONA, J.: "Hacia la cuarta generación de Derechos Humanos: repensando la condición humana

interna y globalmente, a diseñar nuevos instrumentos de análisis y marcos conceptuales y normativos para adaptarse con rapidez a las exigencias de esta sociedad convulsa en la que, el lugar de trabajo, se fragmenta, se fisura[18] y en la que, los derechos y deberes de los diferentes actores en el mundo laboral se diluyen. No sólo por las cambiantes formas de trabajo y de prestación de la actividad, sino también por la convergencia entre lo profesional y lo personal[19].

Precisamente nuestro propósito con este trabajo, no es sólo poner de relieve esta realidad, sino que, partiendo de ella, queremos aportar nuestra visión en torno a cuáles podrían ser las claves para construir los estándares mínimos internacionales de un "Derecho humano laboral", tan necesario en un mundo globalizado.

2. ANALISIS PROSPECTIVO PARA REDIMENSIONAR LOS NUEVOS DDFF DEL TRABAJO

La prospectiva anticipa potenciales escenarios que se desarrollarán en el porvenir. A partir de dicha anticipación, permite realizar una planificación que posibilita actuar en sintonía con aquello que, en teoría, va a ocurrir. Su premisa principal se basa en que el futuro no sucede ciegamente, sino que depende de la acción del hombre. Por esta razón, la prospectiva se convierte en una herramienta fundamental de planeación, que además de dilucidar el futuro, permite orientar las acciones humanas que conducirán a la realización del mismo[20]. En el contexto actual, pensar críticamente sobre ese "futuro" comienza a ser tan urgente porque el progreso promete reescribirlo, sometiéndonos a la inseguridad y a la falta de derechos y libertades si no se introducen nuevas reglas.

Que las nuevas tecnologías implican una alteración del tipo de trabajo que las organizaciones empresariales requieren, es un hecho consolidado y tan cierto como que, este fenómeno, está provocando la desaparición de las "regularidades" que han caracterizado el trabajo desde la primera revolución industrial[21].

---

en la sociedad tecnológica", *Revista Iberoamericana de ciencia, tecnología, sociedad e innovación*, nº 1, 2001, p. 7 y sgs.

18 WEIL, D., The Fissured Workplace: Why Work Became So Bad for So Many and What Can Be Done to Improve It, ed. Harvard University, 2014.

19 VEGA RUIZ, M. L.: "Revolución digital, trabajo y derechos: el gran reto para el futuro del trabajo", *IUSLabor* nº 2, 2019, p. 157.

20 ALEXANDRA V. CELY B.: "Metodología de los escenarios para estudios prospectivos", en *Ingeniería e Investigación*, ISSN 0120-5609, Nº 44, 1999, p. 26.

21 GOERLICH PESET, J. M.: "Revolución tecnológica y futuro del empleo. Reflexiones de un juris-

Asistimos a una "metamorfosis del trabajo" que parece derribar radicalmente el paradigma anterior[22]. En las empresas, las promesas de autonomía y responsabilidad han dado paso a renovados instrumentos de control y disciplina sobre el trabajo y el tiempo, particularmente estresantes para las personas. Hemos pasado del predominio de la justicia social y la protección social (estado del bienestar), a una sociedad en la que los Estados tan solo impulsan la mercantilización (workfare state). En suma, el contrato tradicional que sostuvo la economía de mercado y el Estado social de la posguerra está agotado, roto[23] y, por tanto, necesitamos un contrato social para el siglo XXI que implique a toda la sociedad haciendo un esfuerzo colectivo para mejorar el bienestar, consolidar la cohesión social y reducir las desigualdades. Precisamos pues, encontrar nuevos escenarios para el futuro del trabajo que satisfaga las expectativas que, sobre él, tenemos depositadas[24]. Un Derecho del Trabajo con categorías conceptuales y fórmulas interpretativas diferentes, en el marco de un nuevo modelo de contrato social actualizado y ajustado a las reglas de un sistema de mercado global económicamente eficiente, ecológicamente sostenible, políticamente democrático y socialmente justo[25]. Por tanto, estamos en un momento histórico convulso, en el que el uso de la tecnología plantea interrogantes diversos en temas esenciales ligados a los derechos humanos, pero también a la justicia social, la igualdad, la necesidad de un nuevo contrato social sustentado en pautas éticas y el planteamiento de hacia qué prototipo de Derecho del Trabajo queremos ir[26].

---

ta del trabajo", *Comisión Episcopal de Pastoral Social*. La técnica al servicio del desarrollo humano integral. XXIV Curso de formación en Doctrina Social de la Iglesia Mesa redonda Madrid, 12 septiembre, 2017, pp. 1-5. (http://www.instituto-social-leonxiii.org). p. 2; en la misma línea, cfr. OIT, Resumen ejecutivo, 2015, p. 3.

22 MONEREO PEREZ, J: "Transformaciones del trabajo y futuro del derecho de trabajo en la "era de la flexibilidad", en *Revista Derecho del Trabajo*, Nº 10, La Ley, Montevideo, enero/marzo, 2016, p. 41.

23 MERTON, R. K.: "The Matthew Effect in Science"; *Science* 159 (3810), 1968, pp. 56-63. Lo que el sociólogo Robert Merton ha denominado "el efecto Mateo": "*Al que más tiene, más se le dará, y al que menos tiene se le quitará para dárselo al que más tiene*". Se inaugura así la era de la desigualdad y se olvidan las principales lecciones que sacó la humanidad de ese periodo negro de 3 décadas (1914-1945).

24 MÉDA, D.: "Tres escenarios para el futuro del trabajo", *Revista: Pasos a la izquierda*, Nº 11, 2018, p. 2.

25 Vid. Asamblea General de la ONU, "Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible", 2015.

26 GOERLICH PESET, J. M.: "Revolución tecnológica y futuro…", *op. cit.*, pp. 4 y 5; en el mismo sentido, VEGA RUIZ, M. L.:"Revolución digital, trabajo y derechos: el gran reto para el futuro del trabajo", *IUSLabor* 2, 2019, p. 156.

A mayor abundamiento, la búsqueda de soluciones normativas se desarrolla en un contexto extraordinariamente complejo y con un atrezo nada sugerente. Falta de cultura jurídico-tecnológica previa en la materia, avance sin precedentes de la sociedad de la información y la comunicación por definición más célere que el propio Derecho, cambios de criterio significativos en el marco de una intervención judicial multinivel (Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas -TJUE- y Europeo de Derechos Humanos -TEDH-), grandes dosis de inseguridad jurídica para los destinatarios por tratarse de derechos que cuentan con una importante carga interpretativa en su aplicación[27], y búsqueda de soluciones a problemas genuinamente laborales mediante la aprobación de cuerpos normativos genéricos.

Pese a ello, considerando que esta época histórica no puede compararse con ninguna otra vivida por la humanidad, las medidas legislativas que pudiéramos adoptar, han de ser igualmente excepcionales. Ya no nos sirve un marco legal cualquiera, sino aquel, en el que la digitalización y la tecnociencia sirvan para crear nuevas oportunidades de crecimiento y desarrollo, pero no para convertir la vida cotidiana en la materialización de cuanto no hace mucho aún eran consideradas distopías literarias. Cuando celebramos treinta años del lanzamiento de la World Wide Web (WWW), en un momento en el que conceptos como "inteligencia artificial" o "machine learning" tienen cada vez más peso en los debates de la sociedad, y cuando la humanidad está a las puertas de un nuevo salto evolutivo basado en las posibilidades de manipulación de sus genes y en las de la simbiosis hombre-máquina, parece inevitable repensar cuál es la relación entre el ser humano y la técnica.

Tratándose de amparar derechos fundamentales, lo expuesto justificaría sobradamente la obligación legislativa de establecer regulaciones normativas y técnicas que blinden la protección que, en un momento como el que vivimos, necesitan nuestros trabajadores en calidad de tales, creando para ello una legislación tecnológica "*ad hoc*". Ahora bien, con este planteamiento de base, queremos hacer algunas consideraciones que nos parecen determinantes para preparar el camino y delimitar el encofrado jurídico dentro del que construir un catálogo de nuevos derechos fundamentales y garantías jurídicas ("ciberderechos"), que den forma a una ciudadanía digital, fundada sobre una "ciberdemocracia" que

27 AGUILAR DEL CASTILLO, M. C.: "La protección de datos entre el contenido constitucional y su contenido legal", *Labour y Law Issues*, vol. 2, núm. 1, 2016, p. 42.

concilie tecnología con libertad. Precisamente, al hilo de ello, pondremos de manifiesto determinadas cuestiones estructurales que tendrían que abordarse para llevar a buen puerto tal iniciativa.

2.1. Compromiso y voluntad política para transformar y ampliar la protección de los DDFF laborales

El derecho no es algo inmutable, sino que evoluciona a lo largo del tiempo, es decir, que evoluciona junto con la historia de quienes lo crean debido a que, paralelamente a esa evolución, se van trasformando las relaciones sociales que el derecho regula. Ello suscita problemas que hasta ese momento no se habían presentado y a los cuales el derecho debe dar respuestas, generando la urgencia de adaptar los derechos humanos a las nuevas realidades sociales, económicas, jurídicas y tecnológicas de los pueblos.

Pero además, el Derecho es un factor de cambio social[28], la función legislativa para ordenar el ámbito laboral es determinante. Las leyes han de respetar los derechos fundamentales, pero éstos son también lo que las leyes dicen que son, debiéndose distinguir a tales efectos entre definición y delimitación de derechos. La definición normativa del derecho es tarea que realiza prioritariamente la Constitución, mientras que la delimitación del derecho, en cuanto determinación del ámbito concreto en que aquél ha de desenvolverse, está llamada a efectuarse por el legislador[29].

Sin embargo, aunque quisiéramos pensar que sólo el vertiginoso y profundo cambio que ha producido la tecnología en nuestras vidas explicaría la falta de reacción legislativa en materia de DDFF laborales, nos engañaríamos.

De un lado, y en el ámbito interno, porque la práctica constitucional casi generalizada manifiesta la descompensada estructura de los sistemas de derechos constitucionales, en el que los derechos de la persona, como ser individual y no político, poseen un peso proporcional más que reducido; ello revela la absoluta

28 VALVERDE ASENCIO, A. J.: "Nueva concepción de un derecho del trabajo en proceso de constante cambio normativo", *Crónica Jurídica Hispalense: revista de la Facultad de Derecho*, Nº. 12, 2014, pp. 341-377; DIÉGUEZ MÉNDEZ, Y.: "El Derecho y su correlación con los cambios de la sociedad", *Derecho y Cambio Social*, Año 8, Nº 23, 2011, p. 19.

29 JIMÉNEZ CAMPO, J.: "El legislador de los Derechos Fundamentales", en VVAA.: Estudios de Derecho Público en Homenaje a Ignacio de Otto, Universidad de Oviedo, 1993, pp. 481 y 491 y sgs.

falta de sensibilidad colectiva, de profundas raíces históricas, hacia lo que el ciudadano de a pie es y representa[30].

De otro lado, y en el ámbito internacional, porque los derechos humanos se mueven entre la fragilidad de las normas internacionales, las recomendaciones de los comités encargados de su aplicación y la pasividad de los gobiernos ante el incumplimiento de los pactos y tratados internacionales. Un ejemplo palpable de lo que decimos lo vemos en *el* "Borrador Revisado del Tratado vinculante sobre empresas y derechos humanos"[31] para empresas transnacionales, y que, publicado por el Consejo de Derechos Humanos de la ONU, nace con el objetivo de fortalecer, promover y proteger la implementación de los derechos humanos, asegurar a las víctimas el acceso efectivo a la justicia y al remedio, y avanzar en la cooperación internacional. Para ello, deberá fundamentarse en el reconocimiento de los estándares establecidos por el Derecho Internacional sobre Derechos Humanos, por la OMS y por la OIT, y deberá cubrir los derechos de los trabajadores, en particular los establecidos en la Declaración de la OIT sobre los Principios Fundamentales y Derechos en el trabajo.

Pues bien, las presiones de los lobbies empresariales y los cambios en la correlación de fuerzas a escala mundial han provocado que la UE haya boicoteado la primera sesión del grupo de trabajo en 2015 mientras que ahora, muestra una tibia apertura por el rumbo que está tomando el Tratado. La paradoja está servida, cuando, desde la propia Comisión Europea, se han emitido numerosas resoluciones en los últimos tiempos acerca de la necesidad de establecer un control referido al impacto de la actividad empresarial sobre los derechos humanos, muchas de las cuales señalan la urgencia de fijar un marco vinculante como el que ahora rechazan.

30 SANTAMARÍA PASTOR, J. A.: "Sobre Derecho a la Intimidad, secretos y otras cuestiones innombrables", *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año S. Núm. 15. septiembre-diciembre, 1985, p. 179.

31 Grupo de Trabajo Intergubernamental de Composición Abierta sobre las Empresas Trasnacionales y Otras Empresas Comerciales en material de Derechos Humanos (OEIGWG). (2019). "Proyecto revisado de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos". (vid: https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil /WG TransCorp/OEIGWG_RevisedDraft_LBI.pdf). OEIGWG. (2018). "Borrador Cero del Instrumento Jurídicamente vinculante para regular, en el marco del derecho internacional de los Derechos Humanos, las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas". (https://www.stopcorporateimpunity.org /wp-content/uploads/2018/08/Borrador-Cero-SP-tradu%C3%A7C3%A3o-oficiosa-Campa%C3%B1a.pdf).

Es cierto que aprobar normas de calidad que superen el control de constitucionalidad, y que, además, estén a la altura de lo que la realidad social que ordenan demanda de ellas, no es en absoluto una tarea fácil. Más bien lo contrario. Por una parte, dada la complejidad que están alcanzando en la actualidad los ordenamientos jurídicos en general (internos y externos), como consecuencia de la ingente cantidad y cuestionable calidad de normas jurídicas que los integran; y, de otra, porque la nueva era en la que hemos entrado, caracterizada por la velocidad frenética, el cambio, la disrupción constante, y una alta capacidad transformadora de lo social, es el marco menos propicio para desarrollar una actividad legislativa sólida y con cierto viso de permanencia. Por el contrario, estas razones son el origen de "un mundo de leyes desbocadas"[32].

Ahora bien, ni siquiera esto justificaría que la indolencia mostrada a la hora de redimensionar los DDFF laborales se deba a una cuestión de mera técnica jurídica, y si de ausencia clara de voluntad política para emprender y sostener este tipo de reformas. Y, como eje del problema, se alza un *statu quo* consolidado y demasiadas veces connivente entre Estados y grandes empresas; algunas de ellas tan poderosas que, *de facto*, funcionan como estados[33]. Es la arquitectura jurídica de la ofensiva mercantilizadora, cada vez más depurada. David contra Goliat, o la "artillería neocapitalista" contra la preservación de la dignidad del trabajador[34]. Dignidad que, no lo olvidemos, nace de la implicación personal de éste en la relación de trabajo y que la coloca en el centro mismo del Derecho del Trabajo[35], impregnando buena parte de los derechos fundamentales con los que

32 Vid. GARCÍA D ENTERRÍA, E.: *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Madrid, Civitas, 1999.

33 El debate está encima de la mesa ¿Tienen demasiado poder los gigantes tecnológicos estadounidenses? ¿Han levantado sus imperios vulnerando la libre competencia? ¿Hay que elevar el escrutinio sobre sus prácticas de negocio? ¿Se debería limitar su poder? ¿Hay que regular de manera más estricta la protección de la privacidad? El poder de Google y Facebook es incomparable al de otras gigantes tecnológicas -como Amazon, Apple y Microsoft- en lo que respecta a la vida digital de las personas, dado que controlan los canales principales de los que depende la mayoría del mundo para interactuar con Internet. Parece claramente evidente que por encima de los Estados se aprecia la existencia de un poder económico impresionante en muy pocas manos. De hecho, si Facebook fuera un Estado (ha alcanzado ya los 250 millones de usuarios) ocuparía el cuarto lugar del ranking mundial, sólo superado por los cerca de 1.300 millones de habitantes de China, los 1.000 millones de India y los más de 280 millones de Estados Unidos. Cfr. elEconomista.es. (https://ecodiario.eleconomista.es/internet/amp/1411141/Si-Facebook-fuera-pais-ocu paria-el-cuarto-lugar-en-el-ranking-de-los-mas-poblados).

34 MONEREO PÉREZ, J. L.: *La dignidad del trabajador. Dignidad de la persona en el sistema de relaciones laborales*, Ediciones Laborum, Murcia, 2020, p. 35 y sgs.

35 OJEDA AVILÉS, A. e IGARTUA MIRÓ, M. T.: "La dignidad del trabajador en la doctrina del

está directamente vinculado. Desde este momento, la dignidad ya no es sólo una declaración ética, sino que se acepta como un valor jurídico, es decir, una norma jurídico-positiva[36] con vocación de convertirse en una "moralidad legalizada"[37].

Nada nuevo. Una pugna histórica que creíamos superada y que, sin embargo, se exacerba cada vez más contribuyendo al proceso de desregulación de los derechos fundamentales. Pues bien, solo un modelo en el que, previamente, se hubiera corregido esta asimetría normativa sería idóneo para un diseño proético regulador del entorno tecnológico laboral, permitiéndonos cuantificar su impacto ético de cara a evitar la discriminación y las desigualdades.

2.2. Hacer del humanismo tecnológico el fundamento axiológico de estos derechos y una prioridad legislativa

Somos conscientes de que el abordaje normativo de un entorno tecnológico del trabajo, es una necesidad en la que no podrá avanzarse si, paralelamente, no se encaran otros problemas estructurales tales como la creación o destrucción de empleo y la necesidad de readaptación y recualificación profesional. El derecho al trabajo no está exento de encarar situaciones complejas y reales que se producen en todas partes del mundo, tales como: el trabajo forzado, el trabajo infantil y la esclavitud moderna.

De hecho, en el amplio espectro que comprende el mundo laboral, es imposible ignorar que el número de personas que está en búsqueda de empleo y no obtiene respuesta cada vez es mayor. De acuerdo con datos de la OIT, alrededor de 730 millones de trabajadores en el mundo viven en situación de extrema necesidad; es decir, sus ingresos son insuficientes para sacarlos del umbral de la pobreza. Asimismo, el deterioro de las instituciones del mundo laboral ha convertido la precariedad en un fenómeno cuyos efectos van más allá del propio

Tribunal Constitucional. Algunos apuntes", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 73, (2008), p. 155 y sgs. MONEREO PÉREZ, J. L.: *La dignidad del trabajador*, *op. cit*., p. 35 y sgs.

36 PECES–BARBA MARTÍNEZ, G.: *La Dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, Madrid, ed. Dykinson, 2003 [i.e. 2004], p. 67 y sgs.

37 BENDA, E.: "Dignidad Humana y Derechos de la Personalidad". En BENDA, E. *et altri*, *Manual de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2ª ed. Colección: Comentarios y Estudios Jurídicos, 2001, p. 120.

trabajo[38] y, por tanto, las soluciones normativas y políticas públicas han de responder a criterios holísticos y a potentes sinergias entre ámbitos concurrentes.

Sintéticamente, podría decirse que la lucha por el empleo como vector determinante de integración social, la inversión en las instituciones del trabajo, la garantía laboral universal, la soberanía sobre el tiempo de trabajo, y la revitalización de la representación colectiva, tiene que ser algo irrenunciable y prioritario si queremos avanzar[39].

No obstante, queremos y debemos insistir en lo inquietante que resulta que el debate tienda a centrarse casi exclusivamente en estas cuestiones, olvidando que el apartado relativo a la gestión del ser humano, de la persona, requiere que se le preste una atención igualmente urgente y prioritaria. Llegados a este punto sin retorno que ha supuesto el cambio de era, debemos preguntarnos qué queremos: si una tecnología centrada en parámetros éticos y en la dignidad humana, o una tecnología basada en el nihilismo, en la ausencia de líneas rojas, centrada en maximizar económicamente las capacidades digitales, y que despoja al trabajador de su condición de "poseedor de dignidad"[40] para "usarlo", en términos kantianos, como un simple medio y no como un fin *per se*. Esta es la cuestión.

Sabemos que nos enfrentamos a un dilema que no es nuevo. Nos acompaña desde que la humanidad abordó la reflexión acerca del uso de la técnica como algo sobrenatural, que permitía operar sobre el mundo y transformarlo para su provecho material. Pero quizá por ello, es irrenunciable retomarlo ahora y redimensionarlo. Pensemos que, bajo la excepcionalidad de la COVID-19, se ha impuesto, *erga omnes* y sin oposición, una gobernanza algorítmica que ha sustituido nuestra identidad física por otra digital que, además, se vive como una experiencia sin ciudadanía ni derechos online que la protejan. Hablamos de una identidad que nos diluye como personas.

Consideramos que el desarrollo del ser humano es una las prioridades que debe adoptarse como *conditio sine qua non* para el cambio social, el surgimiento de nuevos valores, y el advenimiento de nuevas formas de organización social. Es por esa razón que resulta necesario reflexionar acerca de la relación entre los

38 DE CASTRO, C.: "Presentación. La precariedad laboral y más allá", *Cuadernos de Relaciones Laborales* 37(1), 2019, p. 2.

39 Informe elaborado por la Comisión Mundial sobre el futuro del trabajo, creada en 2017. Cfr. OIT. "Trabajar para un futuro más prometedor"; 2019, p. 28 y sgs.

40 MONEREO PÉREZ, J. L.: *La dignidad del trabajador…, op. cit.*, p. 35 y sgs.

desarrollos técnicos y el impulso del entorno humano como uno de los hechos determinantes de la realidad actual, tomando en consideración que el mundo ha cambiado de forma sustancial a partir de ese impulso. Así, se constata que la denominada "tecnociencia" está presente como uno de los hechos configuradores de la realidad actual, de las nuevas necesidades humanas para aprovechar dichos medios, y de los nuevos derechos que son inherentes al hecho mismo del contexto de una sociedad tecnológica[41]. Partiendo de que uno de los efectos más dañinos de la retórica posthumanista es su obsesión por evidenciar la incompatibilidad del desarrollo tecnológico con la asunción de lo humano, desde aquí abogamos por un camino que haga necesariamente suyas las pautas del "humanismo tecnológico"[42].

En suma, hay que humanizar el trabajo, legislando, modificando patrones sociales, educativos y propiciando la creación de políticas públicas y empresas cuya proyección jurídica se base, en esencia, en el mantenimiento de la identidad humana y de su dignidad pues, el valor axiomático de la dignidad humana, determina que los derechos y libertades fundamentales hayan de ser satisfechos también en el ámbito de la relación de trabajo[43]. Precisamente el riesgo de deshumanización que conlleva la consumación digital, es uno de los retos principales que la democracia liberal tiene por delante, pues, de momento, no parece que los estamentos políticos hayan sabido dar una respuesta satisfactoria a este malestar social generalizado[44].

2.3. Aquilatar normativamente los DDFF de los trabajadores como límites a los poderes de control del empresario

En el trabajo, antes del derecho, está el poder; de hecho, las relaciones laborales están centradas en los procesos de influencia y control sobre el trabajo"[45].

41 ALTAMIRANO DIMAS, G.: *Los derechos humanos de cuarta generación. Un acercamiento*, ed. Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública, 2017, p. 4.

42 De este criterio, DAVARA RODRÍGUEZ, M. A., "El humanismo tecnológico", Datos personales. org. *Revista de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid*, núm. 1, (2003), pp. 1-4.

43 GARCÍA NINET, I. y DE VICENTE PACHÉS, F.: "El derecho valor a la dignidad humana y el derecho a la protección de datos personales en la Constitución Europea". *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 57, 2005, pp. 137-192.

44 DE CASTRO, C.: "Presentación. La precariedad laboral…", *op. cit.*, p. 8.

45 KIRKBRIDE, P.: "El poder", en *Relaciones Laborales, la psicología de la influencia y el control en el trabajo*, Madrid, Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, 1994, p. 121.

Sin embargo, cualquiera de las formas tradicionales de poder empresarial, se encuentran limitadas por los DDFF del trabajador, que habrán de ser obligatoriamente respetados, no bastando la sola afirmación del interés empresarial para restringir tales derechos del trabajador. La posición preeminente de los DDFF, por ser expresión jurídica de un sistema de valores que informa todo el ordenamiento jurídico, hace que operen como límites activos al poder de dirección del empresario frente a sus empleados.

Dentro de los límites al poder de dirección, resulta imprescindible el análisis de las nuevas tecnologías en la medida en la que, la aparición de estas nuevas formas para el control de la actividad, puede chocar frontalmente con DDFF de los trabajadores como el de la intimidad, la propia imagen, o, el derecho a la desconexión digital. Es cierto que al menos, en el ámbito de la UE, se está procediendo a la ordenación de este ámbito, aunque de una manera deslavazada y sin establecer un marco normativo que aporte soluciones concretas para cualquier vulneración. Por ejemplo, el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, (RGPD). Asimismo, citar la Resolución del Parlamento Europeo[46] en la que se incluye una propuesta legislativa para la tramitación de un Reglamento sobre los principios éticos para el desarrollo, despliegue y uso de dichas tecnologías, que ha seguido avanzando (más acelerado quizá por el uso de la tecnología durante la pandemia) con la propuesta de Reglamento sobre IA que la Comisión Europea presentó el pasado 21 de abril. También la Resolución del Parlamento Europeo de 21 de enero de 2021, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre el derecho a la desconexión[47], o el reciente Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre "Los retos del teletrabajo: organización de la jornada de trabajo, equilibrio entre vida privada y vida laboral y derecho a desconectar"[48].

Actualmente, el control empresarial sobre trabajador, debe superar el juicio de proporcionalidad como criterio que intenta hallar el punto óptimo en la colisión de los derechos de ambas partes, asentándose sólidamente en el contexto de las relaciones jurídico-privadas, y más concretamente en las laborales. Estamos frente al instrumento técnico-jurídico más frecuentemente utilizado por los jueces para controlar la constitucionalidad de las regulaciones legislativas con materia iusfundamental y es la última ratio que procede cuando no hay

46 (2020/2012/INL).

47 (2019/2181(INL).

48 Dictamen exploratorio solicitado por la Presidencia portuguesa. (2021/C 220/01).

alternativa razonable a la vista. Implica cotejar cuál es el alcance de la supervisión realizada por el empleador y el grado de intrusión en el derecho fundamental del empleado. Por tanto, la proporcionalidad es el eje de todo análisis de legalidad en cuanto a colisión de derechos dentro del contrato, ampliamente consensuado por nuestra más alta jurisprudencia[49]. Pese a todo, su reconocimiento normativo en el ámbito comunitario no va más allá del RGPD [art. 5.1.d)].

Dado que el constitucionalismo es el "*terminus ad quem*" del proceso de juridificación del poder político[50], un instrumento importante podría llegar a ser, si se consigue finalmente recuperarla, la Constitución europea, con sus proclamaciones de derechos y sus instrumentos de garantía. Pero estamos ante un "impasse" que no sabemos todavía en qué sentido se va a poder desbloquear y si, al hacerlo, podremos mantener todas aquellas regulaciones que hemos visto que reforzaban la función de los DDFF en el seno de la Unión. Este proceso de constitucionalización, tiene que encontrar su coherencia y su referente de legitimidad a partir de la concreción de los valores que deben identificar a la nueva Europa. Dentro de esos valores están los DDFF, no sólo porque la Constitución así lo disponga, sino porque ello constituye un punto clave en todo el constitucionalismo democrático. Y en este proceso, acabar de construir la tutela de los DDFF, constituye la clave de bóveda de la legitimidad del orden jurídico y del buen gobierno, tanto de los Estados miembros como de la propia Unión. La interrelación entre los DDFF del Derecho Comunitario, los del Convenio Europeo de Derechos Humanos y los de las constituciones de los Estados miembros, en ese sistema integrado de derechos, resulta decisiva a este respecto[51].

2.4. Perder el miedo a crear estructuras jurídicas nuevas adaptadas a la realidad tecnológica

En esta nueva etapa de la humanidad, el uso de la tecnociencia ha provocado que el reconocimiento y protección de libertades y derechos constituya un completo desafío para del sistema jurídico. Especialmente, en el ámbito del contrato de trabajo como zona particularmente sensible[52] en orden a las ame-

49 Bârbulescu II. Sentencia TEDH de 5 de septiembre de 2017.

50 Tal y como Jürgen Habermas lo definió con precisión.

51 FREIXES SANJUÁN, T.: "Derechos fundamentales en la Unión Europea. Evolución y prospectiva la construcción de un espacio jurídico europeo de los derechos fundamentales", *Revista de derecho constitucional europeo*, Nº 4, 2005, p. 85.

52 CUADROS GARRIDO, M. E.: *Trabajadores Tecnológicos y Empresas Digitales*, ed. Aranzadi, Pam-

nazas que para los trabajadores pueden derivar de la vulneración de sus DDFF, y dadas las características propias de la relación laboral que hacen que existan dificultades y excepciones a la hora de trasplantar el régimen jurídico propio de la protección de los DDFF al ámbito de la empresa. A ello se debe el que, la demanda doctrinal referida a la necesidad de una legislación expresa sobre la implantación y desarrollo de las nuevas tecnologías en el contrato de trabajo, no sea algo nuevo[53].

De hecho, conforme avanza el desarrollo tecnológico se hace más evidente la necesidad de proteger una pluralidad de bienes jurídicos diversos que experimenta el hombre contemporáneo frente a la amenaza de la nueva tecnología informática[54]. E, igualmente, de diseñar una regulación expresa del ámbito laboral que, en primer lugar, ordene la vulneración de derechos fundamentales específicos e inespecíficos. Una vulneración que, en muchos casos, llega antes, durante, e incluso después de haber finalizado el contrato, pudiendo afectar a derechos tales como la propia imagen, el secreto de las comunicaciones, la libertad ideológica, religiosa o de conciencia, la libertad de información y de expresión, la libertad sindical, o el derecho de huelga[55]. Y, en segundo lugar, limite los usos poco éticos o dignos de los derechos fundamentales y principios de derecho, en especial los vinculados con la intimidad, la privacidad, la no discriminación, extendida a la igualdad de trato cuando el empleador es un poder público, así como fortaleciendo el control y las garantías del individuo[56].

Por su lado, la jurisprudencia sobre derechos fundamentales y nuevas tecnologías parte preferentemente de las estructuras tradicionales para incorporar

---

plona, 2018, p. 135.

53 PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. y GARCÍA RUBIO, M. A.: "El control empresarial sobre las comunicaciones electrónicas del trabajador: criterios convergentes de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 196, (2017), p. 2; FERNÁNDEZ ORRICO, F. J.: "Protección de la intimidad del trabajador frente a dispositivos digitales: análisis de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre". *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 222, (2019), parte Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, p. 1.

54 PASCUAL HUERTA, P.: "*La génesis del derecho fundamental a la protección de datos personales*", Universidad Complutense, Madrid, 2017, p. 298.

55 BLÁZQUEZ AGUDO, E. M.: El límite a los derechos fundamentales a la libertad de empresa", en *Aplicación práctica de la protección de datos en las relaciones laborales.* Editorial Wolters Kluwer, 2018, pp. 37-38; GOÑI SEIN, J. L.: "Los derechos fundamentales inespecíficos…", *op. cit.*, p. 21 y sgs.

56 COTINO HUESO, L.: "Big data e inteligencia artificial. Una aproximación a su tratamiento jurídico desde los derechos fundamentales", *Dilemata*, núm. 24, 2017, p. 136.

progresivamente los nuevos retos que van apareciendo[57]. En ocasiones, la tensión entre la institución tradicional y las situaciones hasta ahora no previstas, provoca una necesidad de crear nuevas figuras jurídicas. En este sentido, el ejemplo más claro es el reconocimiento del derecho a la protección de datos personales, separándolo del derecho a la intimidad con el cual convivió, al menos en España, hasta la STC 292/2000[58]. Y al igual que la intimidad entonces, es ahora el derecho a la protección de datos el que aparece omnipresente y sobredimensionado. Un agujero negro que lo absorbe todo y no deja escapar nada de su entorno[59] pues, en su avance frenético, nos empuja a orillar eventuales violaciones de otros derechos fundamentales del trabajador que, aunque no están estrictamente relacionadas con las bases de datos, también se ven afectados[60].

En efecto, si la protección de la información personal ante los peligros derivados de su tratamiento automatizado es un bien jurídico valioso *per se*, también posee una dimensión instrumental en la medida en que sirve para garantizar otros derechos. Esta doble cualidad no es ajena a los derechos fundamentales y, lejos de devaluarlos, incrementa su relevancia.

Es evidente, que la problemática generada por las nuevas tecnologías sobre los derechos fundamentales crece tanto que difícilmente será posible no incluir mecanismos nuevos para hacerle frente. Con lo cual, no se debería temer su progresivo reconocimiento cada vez que haya que proteger aspectos que no puedan ser situados en un derecho tradicional, sin forzar excesivamente sus características.

2.5. Potenciar el papel del sindicalismo y la negociación colectiva

Parece claro que los procesos de automatización no pueden desarrollarse sobre la base de un impulso empresarial exclusivo y excluyente[61]. Conviene traer a la memoria, como la negociación colectiva formó parte del pacto social

57 Cfr. STS, Sala Tercera, Contencioso-Administrativo, Sección 5ª, de 4 de abril de 2006.

58 ROIG i BATALLA, A.: "Derecho público y tecnologías de la información y la comunicación (TIC)", *Revista catalana de dret públic*, núm. 35, 2007, p. 355.

59 SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. y CUADROS GARRIDO, M. E.: "Autodeterminación informativa: un derecho en alza", *RGDS*, núm. 8, 2019, p. 89.

60 Por todos, SSTC 231/1988, 2 diciembre (BOE 32 diciembre) (FJ 3); 214/1991, 11 noviembre (BOE 17 diciembre) (FJ 1); 83/2002, 22 abril (BOE 22 mayo), (FJ 4).

61 GOERLICH PESET, J. M.: "Innovación, digitalización y relaciones colectivas de trabajo", *Revista de Treball, Economia i Societat*, Nº 92 – enero 2019, p. 6.

posterior a 1945, cuando la alianza entre el trabajo y el capital hizo posible el mayor progreso económico de Europa en siglos. De modo que, el futuro del trabajo pasa por el diálogo y el acuerdo, y pasa por abrir espacios de negociación para generar propuestas de consenso. Para los trabajadores y los sindicatos, las armas para enfrentar el desafío que plantea la digitalización son el diálogo social, la negociación colectiva, tanto de ámbito nacional como de ámbito europeo e internacional, y los derechos de información, consulta y participación de los trabajadores. El objetivo es que la transformación digital se gestione de manera justa.

Con todo, la disrupción sistémica y global que representan las nuevas tecnologías, que amenaza con desregular completamente el mercado de trabajo tal como lo conocemos hoy en día, supone un plus de complejidad que retrae seriamente a las partes negociadoras. Dar respuestas satisfactorias a la problemática que supone el ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador en un entorno digitalizado, tiene su calado, dado que no queda limitado únicamente al ámbito de los derechos digitales[62]. Pensemos en la multiplicidad de contenidos que tendrán que abordarse en un convenio: junto a materias centrales (acentuación de la distribución irregular, el derecho a la desconexión, la pérdida progresiva del centro de trabajo como referencia prioritaria del lugar de trabajo, la movilidad funcional y la clasificación profesional -redefinición de los grupos profesionales en base a nuevas funciones y tareas, mayor polivalencia y movilidad-, o la estructura retributiva -mayor trascendencia de la variabilidad en función de proyectos-), y que lo seguirán siendo así en su adaptación a los nuevos entornos tecnológicos y organizativos, debemos indicar otras materias que, o bien tendrán una relevancia incluso mayor que hasta el momento han tenido en la NC, o que deberán empezar a tenerla a pesar de su generalizada ausencia hasta ahora de la misma[63]. Ello, sin contar con las propias dificultades de consenso sobre otros aspectos nucleares de la relación laboral (salario, jornada, prevención de riesgos, etc.) que también pueden perturbar el acuerdo en este "nuevo" ámbito.

62 SIERRA HERRAIZ, E.: "El papel de la negociación colectiva en el tratamiento de los datos personales de los trabajadores", *Temas Laborales*, nº 152, 2020, p. 136.

63 DEL REY GUANTER, S., "Negociación colectiva, Flexiseguridad y Nuevas Tecnologías: la necesaria adaptación a un cambio inexorable", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, Nº. Extra 135, 2018. (Ejemplar dedicado a: El modelo de flexiseguridad en el ordenamiento laboral español), pp. 275-294.

Abundando en lo anterior, hay que considerar además la tendencia que desde hace décadas existe, con más o menos desarrollo según los países, a la descentralización de la negociación colectiva, esto es, a la creciente importancia del nivel más descentralizado (empresa, centro de trabajo), con unidades de negociación más fragmentadas y en las que el potencial negociador del empresario es muy superior[64]. Este desequilibrio negociador no solo se manifiesta aquí, sino también en las nuevas formas descentralizadas de trabajo que han aparecido con la tecnología, tales como las plataformas virtuales y la economía colaborativa, que vienen para quedarse. Por lo tanto, la NC, tal y como se vertebra actualmente, es complicada de aplicar en los nuevos modelos de empresa. Conocer las unidades de negociación es muy complejo en un mercado virtual donde es difícil computar cuanta gente está realmente activa. Además, pueden trabajar a la vez para diferentes plataformas virtuales, lo que supone una superposición de sectores y, por tanto, de convenios de aplicación.

Asimismo, en este contexto de separación y diversificación de los trabajadores, las organizaciones sindicales, en cuya acción ha venido descansando en gran medida el derecho del trabajo, encuentran nuevas y serias dificultades para su funcionamiento; ello es debido, en esencia, a que su ecosistema tradicional ya no existe. Tanto la densidad sindical como su capacidad de presión han disminuido drásticamente, corroborando lo que la doctrina sostiene desde hace décadas en cuanto a que, el sindicato, debe necesariamente adecuarse en formas y contenidos a una realidad en cambio constante[65] si quiere sobrevivir. Este marasmo en la actividad sindical, así como sus efectos, es casi común en la mayoría de los países europeos: baja afiliación, baja cultura sindical, capacidad de influencia en retroceso respecto del poder político y empresarial, y desequilibrio en la correlación de fuerzas entre capital y trabajo que en los países avanzados se articula en torno a la negociación colectiva[66].

La situación está produciendo un alejamiento de los centros de poder como consecuencia de la creciente individualización de las relaciones laborales; iniciada en los primeros años de los ochenta, se fraguó al calor de las desregulaciones y de lo que se ha llamado "hegemonía del mercado", frente a las viejas instituciones

64 *Ibídem.*

65 TOMADA, C. A. y RIGAT-PFLAUM, M.: "Negociación Colectiva ante el Siglo XXI. Aportes para la acción sindical", Fundación Friedrich Ebert, 1998, p. 8.

66 Vid. Informe: "Un futuro sombrío: estudio de la afiliación sindical en Europa desde 2000", FUNDACIÓN 1º DE MAYO, 2019, pp. 10 y sgs.

laborales. Una especie de mercantilización de las relaciones laborales que supone una huida del derecho del trabajo, con todo lo que eso conlleva. Acreditado que en los países donde los sindicatos son más débiles, la precarización laboral y la desigualdad es mayor[67], reforzar la acción sindical es irrenunciable, especialmente, si pretendemos una transición justa a la digitalización[68], que favorezca una transformación inclusiva en términos de empleo y condiciones de trabajo, y contribuya a prevenir y mitigar los riesgos de segmentación y exclusión social[69].

Visto así, da la impresión que la tecnología tiene mayor relevancia destructora de las dinámicas colectivas que la que puede tener al servicio de ellas; sobre todo cuando se comprueba que la eventual crisis del ordenamiento laboral afecta a las finalidades que este sistema protector ha perseguido históricamente[70]. Potenciar las garantías de las partes negociadoras en el contexto tecnológico exige una necesaria readaptación normativa, que tendrá que extenderse necesariamente a modificar el rígido sistema de relaciones colectivas de trabajo con el que contamos actualmente[71], encarando retos de representación y reorganización de sus estructuras orgánicas, y familiarizándose con nuevos mecanismos de acción colectiva más dinámicos y flexibles. Y, de la misma manera que el trabajo clásico convive con otras formas de prestación laboral por cuenta ajena más modernas –con menor dependencia horaria o salarial, a distancia, para diferentes empresas o en distintos países a la vez a través del nuevo capitalismo de plataforma–, la negociación colectiva –y, principalmente, los sindicatos y las asociaciones empresariales en cuanto protagonistas de la misma– deberá encontrar el justo equilibrio entre los retos del futuro digital y la esencia de la protección laboral.

67 Vid. Informe: "Crecimiento económico y desigualdad. el papel de los salarios y la negociación colectiva en Europa", FUNDACIÓN 1º DE MAYO, Colección Informes, Nº 137, Madrid, 2018, p. 1 y sgs.

68 Así se pone de manifiesto en el informe de la OIT "Trabajar para un futuro más prometedor": una primavera de esperanza para los trabajadores, en el que se reconoce que los sindicatos tienen un papel clave que desempeñar y que son colaboradores esenciales para la creación de un nuevo contrato social.

69 Sobre los retos que plantean los derechos digitales para la acción sindical, véase RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M. L.: "Sindicalismo y negociación colectiva 4.0", *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 144, (2018), pp. 31 y sgs.

70 GOERLICH PESET, J. M.: "Revolución tecnológica y futuro del empleo…", *op. cit*.

71 CASAS BAAMONDE, M. E.: "Reforma de la negociación colectiva en España y sistema de relaciones laborales", *Cuadernos de Relaciones Laborales*, Vol. 32, núm. 2, 2014, pp. 303 y 304.

2.6. Necesidad de construir un espacio jurídico global de los DDFF laborales

Por último, en el escenario propuesto, es preciso contar con otra variable en tanto que, las medidas que se adopten para ordenar el entorno tecnológico del trabajo, han de desbordar el estrecho margen de los Estados nacionales y aun de las experiencias de integración regional: el mundo digital ha permitido construir una verdadera globalización y, por tanto, las respuestas respecto a él han de moverse igualmente en ese marco[72]. Precisamente la vocación universal de estos derechos hace que tiendan a no depender de ordenamientos jurídicos nacionales concretos, al corresponder a todo ser humano con abstracción de su pertenencia a una comunidad política dada. No es posible ni razonable, globalizar la economía, el comercio, o la empresa, sin globalizar también los derechos, la norma jurídica. Por lo menos, determinadas normas jurídicas y determinados derechos, deben tener el mismo espacio vital, la misma aptitud universal, que el desarrollo de determinados ámbitos. Si hay algún derecho que puede tener esa pretensión de universalidad, es aquel que sea esencial a la persona y a toda persona independientemente de su condición de nacional[73].

Es el tiempo de las leyes del OTT (Over The Top), cuando las barreras para crear nuevos servicios se desmoronan[74], permitiéndonos entrar en un nuevo ecosistema digital. Y todo ello no ha hecho más que empezar ante la eclosión de las nuevas redes sociales, del Internet de las Cosas, del Cloud o del BIG DATA, que pueden incrementar los riesgos de un mundo sin un orden internacional asentado, como se ha visto con los intentos de mejorar la gobernanza de Internet[75]. Sin olvidar que servicios en apariencia gratuitos se financian a base de la

72 Así lo señala GOERLICH PESET, J. M., "Revolución tecnológica y futuro…", *op. cit.*, p. 6.

73 ERMIDA URIARTE, O.: "Los derechos laborales como derechos humanos", Conferencia en el Postgrado "Trabajo y Derechos Fundamentales", Universidad de Castilla–La Mancha, Campus de Toledo. 2010, p. 2.

74 Los servicios "Over The Top" que surgen como negocios adyacentes al mercado de la conectividad, se definen como aquellos que se brindan a través de internet sin que se dé intervención alguna por parte de los operadores de red, tal y como se venía dando hasta el momento.

75 La gobernanza de Internet es un conjunto de principios, normas, reglas, procesos de toma de decisión y actividades que, implementados y aplicados de forma coordinada por gobiernos, sector privado, sociedad civil y comunidad técnica, definen la evolución y el uso de la Red. La UNESCO, reconoce el potencial de internet para fomentar un desarrollo humano sostenible, construir unas sociedades del conocimiento inclusivas y mejorar la libre circulación de la información y las ideas en el mundo.

explotación de datos de los usuarios, que los ceden inconscientemente asumiendo el papel del Fausto de la era digital[76].

Quién puede dudar a estas alturas que vivimos dentro del "panóptico" digital al que nos referíamos *supra*. Si el panóptico queda limitado por las leyes newtonianas (observado y observador deben coincidir en tiempo y espacio), el "panspectrum"[77], que parece la versión 5G del panóptico, está por encima de ellas, pues el vigilante puede vigilar, aunque el vigilado esté a miles de kilómetros y/o días de distancia**.**

En el marco de la labor cuasilegislativa que está teniendo la jurisprudencia en materia de DDFF del trabajo, y que viene dada por la necesidad de los jueces de buscar coherencia y certeza en un sistema jurídico que carece de ella[78], no queremos terminar sin señalar como las sentencias Schrems I[79] y Schrems II dictadas por el TJUE 80, han supuesto un paso firme en la defensa del derecho a la privacidad en el contexto de la vigilancia masiva transnacional. Tanto por lo que simbolizan (Sr. Schrems contra el monstruo Facebook), como por su determinante contribución a la comprensión de la estructura y los efectos jurídicos de los DDFF recogidos en la CEDF y, más concretamente, para la interpretación del derecho al respeto de la vida privada (art. 7), la protección de los datos de carácter personal (art. 8) y la tutela judicial efectiva (art. 47). En este sentido, aportan un parámetro de medida esencial para analizar el respeto de las libertades individuales por parte de los sistemas de vigilancia masiva (tanto de terceros Estados como de los propios Estados miembros) y se han convertido en un "leading case" de referencia obligada para la resolución de casos similares. Todo ello se enmarca en el difícil terreno que tenemos todavía que recorrer para

76 LADA DÍAZ, L.: "Retos y oportunidades. La globalización de las TIC", *Revista TELOS*, nº 100, febrero-mayo, 2105. (Ejemplar dedicado a: La era digital: Balance y tendencias), pp. 22-24.

77 Término acuñado por Sandra Braman, profesora titular del Departamento de Comunicación de la Universidad de Texas.

78 VIDAL MARÍN, T., "Técnica legislativa, inserción de la norma en el ordenamiento jurídico y Tribunal Constitucional", UNED. Teoría y Realidad Constitucional, núm. 31, 2013, p. 328.

79 Sentencia del TJUE (Gran Sala) de 6 de octubre de 2015, en el asunto C-362/14 Schrems.

80 Sentencia del TJUE, de 16 de julio de 2020, en el caso Data Protection Commissioner v Facebook Ireland Ltd and Maximillian Schrems (C-311/18), también conocido simplemente como Schrems II. El TJUE declaró la invalidez de la decisión de adecuación relativa al Privacy Shield (Escudo de Privacidad) mientras que legitimó las transferencias al amparo de las cláusulas contractuales tipo (Standard Contractual Clauses) aprobadas oportunamente por la Comisión Europea. Las consideraciones del fallo son relevantes en varios aspectos en tanto impactan en las transferencias de datos desde los Estados miembros de la UE a países fuera del bloque comunitario, incluyendo aquellos en América y, especialmente, a los que no han obtenido una decisión de adecuación.

conseguir que los derechos fundamentales constituyan verdaderamente uno de los ejes centrales del proceso de integración.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR CAVALLO, Gonzalo: "Derechos fundamentales-derechos humanos. ¿Una distinción válida en el siglo XXI?", *Boletín mexicano de derecho comparado*, vol. 43 nº.127, ene/abr 2010.

AGUILAR DEL CASTILLO, M. C.: "La protección de datos entre el contenido constitucional y su contenido legal", *Labour y Law Issues*, vol. 2, núm. 1, 2016.

ALEXANDRA V. Cely B., "Metodología de los escenarios para estudios prospectivos", en *Ingeniería e Investigación*, Nº. 44, 1999, pp. 26-35.

ALIJA FERNÁNDEZ, A. R.: "La transversalidad de los Derechos Humanos en las políticas públicas y su eficacia en períodos de crisis", en VVAA: *El derecho internacional de los derechos humanos en períodos de crisis: estudios desde la perspectiva de su aplicabilidad*, BONET I PÉREZ, J. y SAURA ESTAPÀ. J. (Coords.), 2013, pp. 31-52.

ALTAMIRANO DIMAS, G.: *Los derechos humanos de cuarta generación. Un acercamiento*, ed. Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública, 2017.

BENDA, E., "Dignidad Humana y Derechos de la Personalidad". En Benda, E. *et altri*, *Manual de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2ª ed. Colección: Comentarios y Estudios Jurídicos, 2001, p.

BLÁZQUEZ AGUDO, E. M.: "El límite a los derechos fundamentales a la libertad de empresa", en *Aplicación práctica de la protección de datos en las relaciones laborales*. Editorial Wolters Kluwer, 2018.

BOBBIO, N.: *El problema de la guerra y la vía de la paz.* Barcelona: Gedisa, 1992.

BUSTAMANTE DONA, J.: "Hacia la cuarta generación de Derechos Humanos: repensando la condición humana en la sociedad tecnológica". *Revista Iberoamericana de ciencia, tecnología, sociedad e innovación*, núm. 1, (2001), pp. 1-17.

CASAS BAAMONDE, M. E.: "Reforma de la negociación colectiva en España y sistema de relaciones laborales", *Cuadernos de Relaciones Laborales*, Vol. 32, núm. 2, 2014.

COTINO HUESO, L.: "Big data e inteligencia artificial. Una aproximación a su tratamiento jurídico desde los derechos fundamentales", *Dilemata*, núm. 24, 2017.

CUADROS GARRIDO, M. E.: *Trabajadores Tecnológicos y Empresas Digitales*, ed. Aranzadi, Pamplona, 2018.

CRUZ VILLALÓN, J.: "Las facultades de control del empleador ante los cambios organizativos y tecnológicos". *Temas laborales,* núm. 150, 2019, pp. 13-44.

DAVARA RODRÍGUEZ, M. A.: "El humanismo tecnológico", *La revista de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid*, Nº. 1, 2003.

DE CASTRO, C.: "Presentación. La precariedad laboral y más allá", *Cuadernos de Relaciones Laborales* 37(1), 2019.

DEL REY GUANTER, S., "Negociación colectiva, Flexiseguridad y Nuevas Tecnologías: la necesaria adaptación a un cambio inexorable", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, Nº. Extra 135, 2018. (Ejemplar dedicado a: El modelo de flexiseguridad en el ordenamiento laboral español).

DIÉGUEZ MÉNDEZ, Y.: "El Derecho y su correlación con los cambios de la sociedad", *Derecho y Cambio Social*, Año 8, Nº 23, 2011.

ERMIDA URIARTE, O.: "Los derechos laborales como derechos humanos", Conferencia en el Postgrado "Trabajo y Derechos Fundamentales", Universidad de Castilla–La Mancha, Campus de Toledo. 2010.

FERNÁNDEZ ORRICO, F. J.: "Protección de la intimidad del trabajador frente a dispositivos digitales: análisis de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre". *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 222, 2019, Editorial Aranzadi, Cizur Menor.

FERNÁNDEZ RAMÍREZ, M.: *El derecho del trabajador a la autodeterminación informativa en el marco de la actual empresa "neopanóptica*", Aranzadi, 2021.

FREIXES SANJUÁN, T.: "Derechos fundamentales en la unión europea. evolución y prospectiva: La construcción de un espacio jurídico europeo de los derechos fundamentales", *Revista de derecho constitucional europeo*, Nº. 4, 2005, pp. 43-86.

GÁMEZ JIMÉNEZ, J. M.: "Una reflexión teórica sobre el derecho del trabajo", *Revista de información laboral*, Nº. 5, 2017, pp. 59-76.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: Justicia y Seguridad Jurídica en un mundo de leyes desbocadas, Madrid, Ed. *Civitas*, 1990, reimpresión 2000.

GARCÍA NINET, I. y DE VICENTE PACHÉS, F.: "El derecho valor a la dignidad humana y el derecho a la protección de datos personales en la Constitución Europea". *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 57, 2005, pp. 137-192.

GARCÍA SALAS, A. I.: *Necesidades empresariales y derechos fundamentales de los trabajadores*, Madrid, LEX NOVA, 2016, p. 15.

GOERLICH PESET, J. M.: "Revolución tecnológica y futuro del empleo. Reflexiones de un jurista del trabajo", *Comisión Episcopal de Pastoral Social*. La técnica al servicio del desarrollo humano integral. XXIV Curso de formación en Doctrina

Social de la Iglesia Mesa redonda Madrid, 12 septiembre, 2017. (http://www.instituto-social-leonxiii.org).

GOERLICH PESET, J. M.: "Innovación, digitalización y relaciones colectivas de trabajo", *Revista de Treball, Economia i Societat*, Nº 92 – enero 2019.

GOÑI SEIN, J. L.: *El respeto a la esfera privada del trabajador: un estudio sobre los límites del poder de control empresarial*, ed. Civitas, 1988.

GOÑI SEIN, J. L.: "Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral individual: ¿Necesidad de una reformulación?", en *Los Derechos Fundamentales inespecíficos en la relación laboral y en materia de protección social*, Ed. Cinca, 2014.

HÖFFE, O.: *Ciudadano Económico, Ciudadano del Estado, Ciudadano del Mundo. Ética política en la era de la globalización*, Buenos Aires, Katz, 2007

JIMÉNEZ CAMPO, J.: "El legislador de los Derechos Fundamentales", en VVAA.: Estudios de Derecho Público en Homenaje a Ignacio de Otto, Universidad de Oviedo, 1993.

KIRKBRIDE, P.: "El poder", en *Relaciones Laborales, la psicología de la influencia y el control en el trabajo*, Madrid, Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, 1994.

LADA DÍAZ, L.: "Retos y oportunidades. La globalización de las TIC", *Revista TELOS*, nº 100, febrero-mayo, 2015. (Ejemplar dedicado a: La era digital: Balance y tendencias).

LOUSADA AROCHENA, J. F.: "La jurisprudencia constitucional sobre la prueba de la discriminación y de la lesión de derechos fundamentales", *Revista de Derecho Social*, núm. 30, abril-junio 2005.

MÉDA, D.: "Tres escenarios para el futuro del trabajo", *Revista: Pasos a la izquierda*, Nº 11, 2018.

MERTON, R. K.: "The Matthew Effect in Science"; *Science* 159 (3810), 1968.

MONEREO PÉREZ, J. L.: "Por un nuevo pacto social garantista de los derechos fundamentales para afrontar la crisis y la recuperación", *REJLSS, Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, núm 1, octubre 2020, pp. 16-83.

MONEREO PÉREZ, J. L.: *La protección de los Derechos Fundamentales. El modelo europeo*, ed. BOMARZO, 2009.

MONEREO PEREZ, J: "Transformaciones del trabajo y futuro del derecho de trabajo en la "era de la flexibilidad", en *Revista Derecho del Trabajo*, Nº 10, La Ley, Montevideo, enero/marzo, 2016.

MONEREO PÉREZ, J. L.: *La dignidad del trabajador. Dignidad de la persona en el sistema de relaciones laborales*, Ediciones Laborum, Murcia, 2020.

OJEDA AVILÉS, A. e IGARTUA MIRÓ, M. T.: "La dignidad del trabajador en la doctrina del Tribunal Constitucional. Algunos apuntes", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 73, 2008.

PASCUAL HUERTA, P.: *La génesis del derecho fundamental a la protección de datos personales*, Universidad Complutense, Madrid, 2017.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, G.: *Curso de Derechos Fundamentales*, Universidad Carlos III de Madrid Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999.

PECES–BARBA MARTÍNEZ, G.: *La Dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, Madrid, ed. Dykinson, 2003 [i.e. 2004].

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. y GARCÍA RUBIO, M. A.: "El control empresarial sobre las comunicaciones electrónicas del trabajador: criterios convergentes de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 196, 2017.

PÉREZ LUÑO, A. E.: "Los derechos humanos en la sociedad tecnológica", en LOSANO, M. *et altri*, *Libertad informática y leyes de protección de datos,* Centro Estudios Constitucionales, Madrid, 1990.

PÉREZ LUÑO, A. E.: "Diez tesis sobre la titularidad de los derechos humanos", en *Una discusión sobre derechos colectivos*, (F. J. Ansuátegui Roig coord.), Dykinson, 2001.

PÉREZ LUÑO, A. E.: "El derecho ante las nuevas tecnologías", *Revista el Notario del siglo XXI*, n. 41, 2012.

POLANYI, K.: *La gran transformación: crítica del liberalismo económico* (Ensayo), 1944, ed. Fondo de Cultura Económica; 3ª edición, 2018.

PRECIADO DOMÉNECH, C. H.: *Teoría general de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo*, ed. Aranzadi, 2018.

PUCHETA, M.: "Derechos humanos y derecho del trabajo: un vínculo que requiere mayor desarrollo en el ámbito regional", *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, On-line versión, RSTPR vol.3 no.6 Asunción Aug. 2015. http://scielo.iics.una.py/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2304-7887201500060012

ROBLES MORCHÓN, G.: *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*, Ed. Civitas, S.A., Madrid, 1997.

RODOTÀ, S.: *El derecho a tener derechos*, Madrid, Ed. Trotta, 2014.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M. L.: "Sindicalismo y negociación colectiva 4.0", *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 144, 2018.

RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: "Derechos fundamentales y Derecho del Trabajo en el contexto de la economía digital", *Derecho de las Relaciones Laborales*, mensual - nº 10 noviembre 2020, pp. 1233-1241.

RODRIK, D.: *La paradoja de la globalización. La democracia y el futuro de la economía mundial*, Barcelona, Antonio Bosch editor, 2012.

ROIG i BATALLA, A.: "Derecho público y tecnologías de la información y la comunicación (TIC)", *Revista catalana de dret públic*, núm. 35, 2007.

SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. y CUADROS GARRIDO, M. E.: "Autodeterminación informativa: un derecho en alza", *RGDS*, núm. 8, 2019, pp. 85-127.

SANTAMARÍA PASTOR, J. A.: "Sobre Derecho a la Intimidad, secretos y otras cuestiones innombrables", *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año S. Núm. 15. septiembre-diciembre, 1985, pp. 159-180.

SEGOVIANO ASTABURUAGA, M. L.: "El difícil equilibrio entre el poder de dirección del empresario y los Derechos Fundamentales de los trabajadores", en *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 2, 2004.

SIERRA HERRAIZ, E.: "El papel de la negociación colectiva en el tratamiento de los datos personales de los trabajadores", *Temas Laborales*, nº 152, 2020.

TOMADA, C. A. y RIGAT-PFLAUM, M.: "Negociación Colectiva ante el Siglo XXI. Aportes para la acción sindical", Fundación Friedrich Ebert, 1998.

VALVERDE ASENCIO, A. J.: "Nueva concepción de un derecho del trabajo en proceso de constante cambio normativo", *Crónica Jurídica Hispalense: revista de la Facultad de Derecho*, Nº. 12, 2014.

VEGA RUIZ, M. L.: "Revolución digital, trabajo y derechos: el gran reto para el futuro del trabajo", *IUSLabor* 2, 2019.

VIDAL JIMÉNEZ, R.: "El nuevo -panóptico- multidireccional: normalización consumista y espectáculo". *Culturales* vol. 2 no.1 Mexicali ene/jun, 2014.

VIDAL MARÍN, T.: "Técnica legislativa, inserción de la norma en el ordenamiento jurídico y Tribunal Constitucional", Teoría y Realidad Constitucional, núm. 31, 2013.

WEIL, D.: The Fissured Workplace: Why Work Became So Bad for So Many and What Can Be Done to Improve It, ed. Harvard University, 2014.

LA REGULACIÓN DEL TELETRABAJO EN ESPAÑA Y SU INCIDENCIA EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

CARMEN FERRADANS CARAMÉS

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Cádiz (España). A lo largo de mi trayectoria académica he abordado distintas líneas de investigación. Fruto del trabajo desarrollado en diversos proyectos de investigación se han publicado monografías como "El contrato de trabajo a tiempo parcial: difícil equilibrio entre flexibilidad y seguridad" (Aranzadi, 2006) y "Análisis de la relación laboral especial de los deportistas profesionales con un enfoque de género" (Bomarzo, 2019). Actualmente soy directora del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la UCA.

ABSTRACT: The unstoppable and continuous advance of new technologies and the digital transformation constitutes today one of the most outstanding characteristics and defining aspects of our current enviroment. This digital transformation is bringing about indeed changes in all aspects of our personal, social and professional life. The world of work has emerged as one of the main protagonists of this reality, as labour relations are one of the aspects in which its influence will be more apparent.

As a result of this situation and the effects of COVID-19, teleworking has more relevance in our labour markets since march of 2020. Distance work has been the subject of regulation both internally and in the EU and international spheres. In Spain, article 13 of the Workers´ Statute has so far proved insufficient and has been detailed with a new regulation: the Law 10/2021, 9th of july.

KEYWORDS: Teleworking, collective agreements, labour risks prevention.

1. EL TELETRABAJO EN LA ERA POST COVID-19

Uno de los efectos de la pandemia originada por la COVID-19 es el afianzamiento y expansión del teletrabajo en muchos países[1], dado que las restricciones a la movilidad impuestas por las medidas sanitarias adoptadas para hacer frente a la pandemia han provocado que esta forma de trabajo sea priorizada y considerada preferente. Ahora bien, todo hace indicar que el teletrabajo ha llegado para quedarse, incidiendo de forma estructural en nuestros hábitos de vida y laborales.

En España, alcanzando el teletrabajo en los años 2018 y 2019 a un porcentaje de trabajadores que rondaba el 5% del total, en el año 2020 ha llegado a afectar hasta a un 29,2% de trabajadores, aunque sea de forma parcial[2], y ello ha provocado que la regulación del trabajo a distancia hasta entonces incluida en el artículo 13 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET), sea desarrollada en el Real Decreto Ley 28/2020, de 22 de septiembre, de Trabajo a Distancia, homologado por la Ley 10/2021, de 9 de julio, que regula de forma pormenorizada y actualizada el régimen jurídico de esta forma

1 Cfr. al respecto los datos expuestos en ANGHEL, B., COZZOLINO, M., y LACUESTA, A.,"El teletrabajo en España", *Boletín Económico Banco de España*, nº2, 2020.

2 Vid Living, working and COVID-19 Firstfindings-April 2020. Eurofound

de trabajo con gran proyección a futuro. Estudios recientes aseveran el importante potencial de crecimiento que tiene el teletrabajo en nuestro mercado de trabajo, afirmando que una vez pasada la COVID-19, en la denominada nueva "normalidad", el volumen del teletrabajo en nuestro país podría rondar el 30%[3].

En adición, la apuesta por el teletrabajo debe ser imbricada con los Objetivos del Desarrollo Sostenible incluidos en la Agenda 2030 de la Organización de Naciones Unidas, que como es sabido representan el compromiso internacional para hacer frente a los retos sociales, económicos y medioambientales de la globalización. Entre los mismos, se pueden destacar el número 8, que aboga por fomentar el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos; el número 11, relativo a conseguir que las ciudades y los asentamientos humanos sean inclusivos, seguros, resilientes y sostenibles; y el número 13, que incide en la toma de decisiones para combatir el cambio climático y sus efectos.

La progresiva implantación del teletrabajo en nuestro tejido empresarial constituye una oportunidad y probablemente ayudará a favorecer la consecución de algunos de estos objetivos, pues, por ejemplo, la reducción de los desplazamientos mejorará la sostenibilidad ambiental, disminuyendo la contaminación atmosférica y ayudando a avanzar en la línea de conseguir ciudades más limpias y sostenibles. Igualmente, puede contribuir a introducir cambios en nuestro modelo productivo, facilitando, por ejemplo, la reducción del peso del sector servicios en zonas eminentemente turísticas y el incremento de actividades productivas vinculadas a las nuevas tecnologías y a la digitalización, y coadyuvando a que exista un incipiente traslado de personas trabajadoras de las ciudades a áreas más periféricas[4]. El conjunto de estas metas es todo un reto a futuro, cuyo logro puede repercutir de forma estructural en nuestro sistema económico y de relaciones laborales.

A mayor abundamiento, el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia presentado por el Reino de España en abril de 2021[5], incluye entre sus

3 Vid ANGHEL, B., COZZOLINO, M., y LACUESTA, A., "El teletrabajo en…", op.cit., pág. 15.

4 En este sentido CRUZ VILLALÓN, J., "El teletrabajo: aspectos prácticos de la nueva regulación", blog www.jesuscruz.es , acceso mayo de 2021.

5 El Plan diseñado por el Gobierno de España para la gestión y el desarrollo de los fondos europeos de recuperación *Next Generation* UE, ha sido presentado el 13 de abril, y supone para España la recepción de 140.000 millones de euros de transferencias y créditos en el período 2021-2026. El Plan de Recuperación contempla el impulso más importante de nuestra historia en inversión

ejes prioritarios algunos que pueden estar estrechamente ligados al desarrollo y normalización del teletrabajo. Entre otros: el fomento de la movilidad sostenible, la modernización de las Administraciones Públicas y las PYMES, la implantación de un Plan Nacional de competencias digitales y el análisis y puesta en marcha de medidas para contener los efectos perversos del cambio climático a través de diversas políticas favorecedoras, por ejemplo, de la economía circular.

Parece evidente que la pandemia mundial originada por la COVID-19 supone un punto de inflexión en nuestras sociedades, pues las circunstancias sobrevenidas a causa de las consecuencias derivadas de una situación tan extrema de aislamiento social, han acelerado toda una serie de cambios. En el ámbito laboral, uno de los más relevantes es el auge del teletrabajo, en los primeros meses de la pandemia a tiempo completo a causa del confinamiento sufrido y en los meses posteriores a tiempo parcial, de modo acorde a las restricciones de movilidad impuestas por motivos sanitarios. De esta forma, se empieza a vislumbrar cada vez más que es factible que tanto en la Administración Pública como en algunos ámbitos privados, por ejemplo en el sector de los seguros, el inmobiliario, el comercio, el financiero o el marketing y las comunicaciones o en empresas con un sesgo tecnológico importante, se implante en determinados puestos de trabajo un modelo de teletrabajo pleno o híbrido, es decir que combine el trabajo presencial con el trabajo a distancia de forma habitual, redundando ello en beneficios tanto para las empresas como para las personas trabajadoras.

En efecto, las ventajas de esta opción pueden ser variadas[6], tales como la facilitación de una mayor flexibilidad tanto para empresas como para trabajadores, el favorecimiento de una mejor conciliación entre vida laboral, personal y familiar, o el logro de una mayor productividad. A sensu contrario, hay que tener presentes los riesgos que esta forma de organización del trabajo conlleva, tales como los derivados de garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la des-

pública y viene acompañado de una agenda de reformas estructurales, que van a permitir lograr cinco objetivos: modernizar el tejido productivo y la Administración, impulsar la capacidad de crear empleos de calidad, aumentar la productividad y el crecimiento potencial de la economía, reducir las brechas sociales y de género e impulsar la economía verde. De acuerdo con las directrices europeas, las medidas que recoge el Plan establecen cuatro ejes de transformación: la transición ecológica, la transformación digital, la cohesión social y territorial y la igualdad de género. Estas cuatro líneas de trabajo se van a desarrollar a través de diez políticas palanca y treinta componentes que articularán los proyectos específicos del plan.

6 Vid, ampliamente, SIERRA BENÍTEZ, E.M., *El contenido de la relación laboral en el teletrabajo*, CES Andalucía, Sevilla, 2011.

conexión digital o los relacionados con la protección de la seguridad y salud laboral, e intentar implementar medidas equilibradas que procuren neutralizarlos en la medida de lo posible.

Como en tantas otras ocasiones, la legislación tiene que ser completada a causa de una demanda social, y en este caso tras la experiencia vivida a raíz de la COVID-19 se hace indispensable aportar una mayor seguridad jurídica en relación al régimen jurídico del trabajo a distancia y el teletrabajo. Por ello, sólo unos meses a posteriori de la declaración de la pandemia mundial se inicia en España un proceso de diálogo social tendente a concluir una norma reguladora que contemple de forma más profunda aspectos variados sobre el mismo, que cristaliza con la adopción del Real Decreto Ley 28/2020, de 22 de septiembre, convalidado por la Ley 10/2021, de 9 de julio. Es obvio que desde marzo de 2020 se ha adoptado una legislación de urgencia, que trata de responder de la forma más eficiente posible a las distintas vicisitudes surgidas en un panorama económico-social muy complicado, pero en este contexto hay que resaltar que algunas de las normas adoptadas, entre ellas la relativa al trabajo a distancia y al teletrabajo, tienen vocación de permanencia y estabilidad.

2. LA NUEVA REGULACIÓN ESPAÑOLA DEL TELETRABAJO: LA LEY 10/2021

En esta novedosa normativa sobre el trabajo a distancia y el teletrabajo se regulan de forma profusa y detallada, en aras de una mayor seguridad jurídica, aspectos de diversa índole[7], tales como: su definición, la alusión al derecho a la igualdad y a la no discriminación y algunas de sus manifestaciones, la exigibilidad de su voluntariedad, los contenidos mínimos a incluir en el acuerdo de trabajo a distancia, las precisiones sobre la dotación de medios y su mantenimiento, las relativas a la protección de datos, derechos colectivos, evaluación de riesgos laborales…

El desarrollo de la regulación de esta forma de organización del trabajo que se caracteriza por el desempeño fuera de los locales de la empresa con un uso preponderante de las nuevas tecnologías, se ve impulsado tanto por los efectos de la COVID-19 como por el proyectado programa de reformas estructurales en diversos ámbitos de las relaciones laborales, especialmente los relacionados

7 Cfr, entre otros, sobre el régimen jurídico instaurado a raíz del RDL 28/2020, de 22 de septiembre, SALA FRANCO, T. (director), TODOLÍ SIGNES, A. y MARTÍN-POZUELO LÓPEZ, A., *El teletrabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

con los cambios tecnológicos y organizativos que se vienen produciendo en el tejido productivo y la economía española. Se trata de una opción de política legislativa que, a causa de la violenta irrupción de la pandemia, ha sido acelerada en un contexto de fuerte transformación digital.

Precedentes esenciales en el abordamiento de esta regulación en nuestro ordenamiento jurídico son tanto el convenio 177 de la OIT y la recomendación 184 sobre el trabajo a domicilio, respectivamente de 1996 y 1986, como el Acuerdo marco sobre el teletrabajo adoptado el 16 de julio de 2002. Dicho Acuerdo marco se firmó por las organizaciones empresariales y sindicales más representativas en el ámbito europeo - la Confederación Europea de Sindicatos (CES), la Unión de Confederaciones de la Industria y de Empresarios de Europa (UNICE), la Unión Europea del Artesanado y de la Pequeña y Mediana Empresa (UNICE/UEAPME) y el Centro Europeo de la Empresa Pública (CEEP)- y no se optó por reforzarlo con la aprobación de una Directiva, es decir tanto en su origen como en su aplicación tienen un protagonismo crucial los interlocutores sociales, dado que su efecto es obligacional. No obstante, tras transcurrir casi dos décadas desde su aprobación, el Parlamento Europeo, en enero de 2021, con ocasión de la resolución relativa a la propuesta de Directiva reguladora del derecho a la desconexión digital, entre sus recomendaciones solicita a la Comisión Europea que presente un marco legislativo con vistas a establecer los requisitos mínimos para el trabajo a distancia en la Unión Europea. Con esta intervención probablemente se quiera actualizar el contenido del Acuerdo marco, dado que en estos años el avance de la digitalización ha sido enorme[8] y ello puede haber provocado que algunos de los contenidos del Acuerdo marco de 2002 hayan quedado obsoletos o deban ser completados.

Parece claro que la transposición del Acuerdo marco europeo de 2002 debe ser realizada a través la negociación colectiva, es decir, a través de la autonomía de los interlocutores sociales a nivel nacional, que acordarán y aplicarán convenios colectivos que incluyan clausulas relativas al teletrabajo, con arreglo al Derecho y a los usos nacionales[9]. En España, a pesar de que la negociación colectiva

8 En este sentido hay que resaltar la aprobación por los interlocutores sociales europeos más representativos, el 22 de junio de 2020, del Acuerdo marco sobre digitalización, que pretende efectuar un diagnóstico sobre el impacto que está teniendo el proceso de digitalización en el trabajo y, por ende, sobre sus efectos en las condiciones laborales.

9 Vid DOMÍNGUEZ MORALES, A., "El tratamiento en la negociación colectiva del teletrabajo como modalidad de gestión del cambio", en AA.VV., Coordinador CRUZ VILLALÓN, J., L*a negociación colectiva como instrumento de gestión del cambio*, Cinca, Madrid, 2018, pág. 293. La

interconfederal tuvo en consideración este Acuerdo marco, incorporándolo de forma inmediata en el Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva de 2003, la previsión de medidas sobre esta figura contractual en sede colectiva ha sido escasa desde años atrás, siendo pocos los convenios colectivos que han contemplado expresamente cláusulas sobre el teletrabajo en un sector o empresa específico[10]. Esto es así, probablemente, a causa de la escasa implantación que hasta ahora había tenido el teletrabajo en nuestro tejido empresarial, estando más extendido sólo en determinados sectores como el financiero o el tecnológico. Adicionalmente, a nivel europeo, son escasas las experiencias negociales sectoriales sobre el teletrabajo, siendo resaltable, eso sí, la Declaración relativa al teletrabajo adoptada por los interlocutores sociales europeos del sector seguros el 10 de febrero de 2015.

Con este deficitario panorama normativo, tanto en sede heterónoma como autónoma, recién iniciada una nueva legislatura y tras la abrupta irrupción de la pandemia, se determinó por el Gobierno que era urgente abordar una nueva regulación integral del trabajo a distancia. El resultado alcanzado, el RDL 28/2020, de 22 de septiembre, es fruto de la concertación social, de un acuerdo entre, por una parte, el Gobierno y, por otra, las organizaciones empresariales y sindicales más representativas a nivel nacional. Actualmente, dicha norma con rango de Ley ha sido objeto de discusión en el Parlamento y ha sido remitida al Senado, tramitándose como un proyecto de Ley ordinario, que ha sido concluido con la adopción de la Ley 10/2021, de 9 de julio, sobre el trabajo a distancia.

En la legislación nacional precedente sobre el trabajo a distancia se guardaba silencio sobre el papel a desempeñar por la negociación colectiva en su desarrollo. Sin embargo, en el RDL 28/2020, por contraste, se otorga a la misma un papel sustancial en la regulación del trabajo a distancia y el teletrabajo, convirtiéndola en un instrumento indispensable en el desarrollo y perfeccionamiento de los principios y medidas que rigen esta forma de prestar la actividad laboral. Ello se constata en las numerosas remisiones existentes en la nueva normativa nacional

autora destaca cómo en el AENC se precisan los tres principios fundamentales que deben regir la negociación en niveles inferiores: "*carácter voluntario y reversible del teletrabajo para ambas partes; igualdad de derechos de los teletrabajadores y de quienes trabajan en las instalaciones de la empresa; conveniencia de que se regulen aspectos como la privacidad, la confidencialidad, la prevención de riesgos, las instalaciones, la formación, etc.*"

10 Vid, al respecto, los datos aportados en las Jornadas celebradas en la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos el 25 de noviembre de 2020. Boletín nº75 CCNCC, diciembre de 2020.

a los convenios colectivos. Por ejemplo, a través de los mismos se podrán definir aspectos tales como: 1) La identificación de los puestos de trabajo y funciones susceptibles de ser realizadas a través del trabajo a distancia; 2) Las condiciones de acceso y desarrollo de la actividad laboral a distancia; 3) Los contenidos adicionales en el acuerdo de trabajo a distancia; 4) Una jornada mínima presencial en el trabajo a distancia; 5) El modo de ejercicio de la reversibilidad al trabajo en los locales de la empresa; 6) Las actuaciones dirigidas a limitar el uso de los medios tecnológicos de comunicación empresarial y de trabajo durante los períodos de descanso; 7) La precisión de la manera de determinar o cuantificar los gastos relacionados con los equipos y medios vinculados al desarrollo de la actividad laboral a través del teletrabajo, así como la forma en que la empresa va a realizar su compensación o abono a las personas trabajadoras…

En virtud de lo expuesto, parece evidente que la negociación colectiva se convierte en una herramienta esencial para desarrollar, complementar y adaptar la normativa incluida en la Ley 10/2021 a las especificidades de cada sector y/o empresa[11], lo que aconseja analizar una muestra de los convenios colectivos adoptados en el último año y valorar cuál está siendo la permeabilidad de los mandatos legislativos en las mesas negociadoras de los convenios colectivos acordados más recientemente. De forma concreta, dado que la extensión de esta comunicación no admite un tratamiento profuso de todos los contenidos abordables en sede colectiva, se va a centrar este estudio en las materias que rodean directa o indirectamente a la prevención de riesgos laborales en esta forma de organización del trabajo. Hay que tener en cuenta que las formas de ejecución del trabajo a distancia pueden ser muy variadas, así como las estructuras empresariales y sus estrategias de organización, lo que revela que el rol de la negociación colectiva es clave, debiendo asumir un papel relevante para conseguir tanto un equilibrio razonable entre las necesidades de seguridad de los trabajadores y de flexibilidad de las empresas, como el mejor acomodo del desarrollo del trabajo a un modelo en el que se abre camino de forma vigorosa el uso de las nuevas tecnologías.

11 En este sentido vid el documento *Gestión del teletrabajo en la negociación colectiva*, Servicio de Estudios de la Confederación de UGT. Análisis y contextos. Madrid, 27 de noviembre de 2020.

3. LA NECESARIA E INDISPENSABLE INTERVENCIÓN DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LA REGULACIÓN DEL TELETRABAJO Y SU INCIDENCIA EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

Tal y como se ha resaltado, se van a analizar, combinando las normas de rango legal y las previsiones adoptadas más recientemente en la negociación colectiva, distintas cuestiones que pueden tener incidencia en la regulación de la prevención de riesgos laborales en esta modalidad contractual. Ello exige abordar no sólo las especialidades que rodean a la prevención de riesgos en el teletrabajo, sino también el impacto indirecto que pueden tener en la misma, entre otras materias: la forma de definir el teletrabajo y la identificación de los puestos teletrabajables, o las normas reguladoras de la ordenación del tiempo de trabajo y del derecho a la desconexión digital.

3.1. Especialidades en materia de prevención de riesgos laborales

Es evidente que las peculiaridades del teletrabajo dificultan la aplicación ordinaria de la normativa de prevención de riesgos laborales, basada en la existencia de un centro de trabajo físico al que está adscrito la persona trabajadora. El teletrabajo, al desarrollarse fuera de las instalaciones de la empresa, ya sea en el domicilio del trabajador o en el lugar elegido por éste, presenta singularidades tan relevantes que obligan a adoptar un régimen jurídico específico sobre el mismo, que debe incluir forzosamente las especialidades en materia de prevención de riesgos laborales.

Ahora bien, de forma acorde al contenido del Acuerdo marco europeo de 2002, debe tenerse presente que uno de los pilares que rige el desarrollo del teletrabajo es el reconocimiento de los mismos derechos a los trabajadores a distancia que a los presenciales[12], salvo los inherentes a la realización del trabajo de forma presencial, y la prohibición de discriminaciones. La Ley 10/2021, hace alusión expresa en su artículo 4 a que los trabajadores remotos no podrán sufrir perjuicios en sus condiciones laborales, incluyendo la retribución, la estabilidad en el empleo, el tiempo de trabajo, la formación o la promoción. A pesar de estas precisiones, hay que subrayar que la operatividad del principio de igualdad debe ser interpretada de forma amplia, debiendo hacerse extensiva a todo un elenco

12 Cfr., ampliamente, DE LAS HERAS GARCÍA, A., *El teletrabajo en España: un análisis crítico de normas y prácticas*, CEF, Madrid, 2016.

de derechos[13]: prevención de riesgos laborales, derechos colectivos, desconexión digital, horario flexible y registro horario adecuado, conciliación de la vida laboral, familiar y personal, protección de la intimidad y los datos personales…

Antes de marzo de 2020 el escaso peso del teletrabajo en nuestro mercado de trabajo no visibilizaba la necesidad de adoptar reglas específicas en materia de prevención de riesgos laborales, pero en el momento en el que se produce el confinamiento total de la población a causa de la pandemia sanitaria se suscita un punto de inflexión, dado que un número muy amplio de trabajadores transitan al teletrabajo y hay que contemplar de forma urgente algunas previsiones que permitan que servicios de prevención y personas trabajadoras colaboren en la elusión de riesgos[14].

En primer lugar, el núcleo de la prevención en la empresa: la evaluación y planificación de la actividad preventiva, deberá tener en consideración la prestación de servicios en régimen de teletrabajo y de forma precisa las características del desempeño de la jornada en la zona habilitada para el trabajo, detallada en el acuerdo de trabajo a distancia[15], con herramientas informáticas. En concreto, la evaluación de riesgos deberá tener presente de manera específica los riesgos especialmente asociados a esta forma de trabajo: los psicosociales, los ergonómicos y los organizativos, así como el hecho esencial de que el centro de trabajo se traslada al exterior, debiendo contemplarse cómo se realizará la evaluación: directamente por el trabajador, que proporcionará la información requerida por el servicio de prevención con la mayor diligencia posible, o accediendo los responsables de prevención de la empresa al lugar elegido por el teletrabajador con la autorización del mismo[16].

13 Declaraciones genéricas sobre la igualdad de derechos de los teletrabajadores se pueden localizar en la mayoría de los convenios colectivos que hacen referencia a esta modalidad contractual, entre otros, convenio colectivo de Bureau Veritas Solutions, SA, e Instituto de Calidad, SA, BOE de 10 de marzo de 2021, art. 44 g) y h).

14 Vid FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J., "La prevención de riesgos laborales y sus nuevas exigencias y retos frente al avance de la digitalización y las nuevas tecnologías", *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, nº452, 2020, págs.98 a 100.

15 El artículo 7 de la Ley 10/2021, precisa que entre los contenidos mínimos del acuerdo de trabajo a distancia se encontrará la precisión del lugar de trabajo elegido por la persona trabajadora para el desarrollo del trabajo a distancia y del centro de trabajo de la empresa al que queda adscrita la persona trabajadora a distancia y donde, en su caso, desarrollará la parte de la jornada presencial.

16 Cfr. artículo 16 Ley 10/2021.

Son notorios en esta forma de organizar el trabajo los riesgos asociados al aislamiento del teletrabajador, así como los ligados al uso de pantallas de visualización de datos durante muchas horas de la jornada de trabajo[17]. Por ello, se deberá hacer especial hincapié a los mismos tanto en la evaluación como en la planificación de la actividad preventiva, en su caso, necesaria. Asimismo, coadyuvará al logro de unos resultados positivos, la ordenación del tiempo de trabajo previendo una distribución de la jornada de trabajo saludable, que permita un adecuado equilibrio entre trabajo y descanso[18], así como la previsión de reglas conducentes al ejercicio efectivo del derecho a la desconexión digital[19]. Es decir, siendo muy factible que en el entorno del teletrabajo se programe el trabajo por objetivos, el diseño de los mismos debe ser ponderado y acorde al cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales.

A la consecución del reto planteado debe contribuir la negociación colectiva, que podrá concretar aspectos variados, tales como: la precisión de la forma de realizar la evaluación de riesgos[20], la recomendación de mantener cierta presen-

17 Entre otros, Convenio colectivo de Bureau Veritas Solutions, SA e Instituto de Calidad, SAU, BOE de 10 de marzo de 2021, art. 44.4 y Convenio colectivo de Accepta Servicios Integrales, SLU, BOE de 30 de julio de 2020, que teniendo una referencia específica al teletrabajo en su clausulado, precisa en su art. 36 que las partes se comprometen a observar y cumplir las disposiciones contenidas en la normativa sobre seguridad y salud, especialmente la LPRL, el RD 488/1997, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud, relativas al trabajo con equipos que incluyen PVD, las Guías Técnicas para la evaluación y prevención de los riesgos relativos a la utilización de equipos que incluyan pantallas de visualización del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo y el Protocolo de reconocimientos médicos para usuarios de PVD del Ministerio de Sanidad.

18 El Convenio colectivo de Accepta Servicios Integrales, SLU, BOE de 30 de julio de 2020, art. 37, establece que además de los descansos señalados en este convenio, y con la consideración de tiempo efectivo de trabajo, el personal que desarrolle su actividad en pantallas de visualización de datos disfrutará de ocho pausas de cinco minutos cada una de ellas, en jornadas de trabajo de ocho horas y que corresponderá a la empresa la distribución y forma de llevar a cabo dichas pausas.

19 Cfr., al respecto, las alusiones realizadas en el apartado 3.5, así como de forma específica por su carácter novedoso en el artículo 80 del convenio colectivo de la Banca, BOE de 30 de marzo de 2021, denominado Derechos digitales, que incluye todo un elenco de medidas para garantizar el derecho a la desconexión digital y el respeto de los tiempos de descanso, permisos y vacaciones.

20 Un número amplio de convenios colectivos adoptados después del RDL 28/2020 optan por que la evaluación de riesgos en estos casos se realice a distancia. Entre otros, Convenio colectivo de las Cajas y entidades financieras de ahorro, BOE de 3 de diciembre de 2020, art.14.9 y Convenio colectivo Banca, BOE de 30 de marzo de 2021, art. 27.7, que establece que la evaluación de riesgos del personal en teletrabajo se realizará preferentemente a distancia, y que las entidades elaborarán e informarán a la representación legal de los trabajadores en el ámbito de la seguridad y salud, una metodología basada en la cumplimentación de un formulario por parte de las personas trabajadoras a partir del cual, el servicio de prevención evaluará y emitirá informe con propuestas preventivas y medidas de protección del que será conocedor tanto la persona teletrabajadora como

cialidad en el régimen de teletrabajo[21], para evitar los riesgos psicosociales ligados al aislamiento, la delimitación del rol de la representación de los trabajadores en materia de seguridad y salud, de sus derechos informativos…

Asimismo, no se pueden obviar las dificultades inherentes a la valoración en algunos casos de la existencia de situaciones de accidente de trabajo en el domicilio, guardando al respecto hasta ahora silencio la legislación.

3.2. Impacto de la forma de definir el teletrabajo y de la identificación de los puestos de trabajo teletrabajables en la prevención de riesgos laborales

La definición legal del trabajo a distancia, señala que el mismo es "*aquella forma de organización del trabajo o de realización de la actividad laboral conforme a la cual esta se presta en el domicilio del trabajador o en el lugar elegido por este*"; y precisa que el teletrabajo es el ejecutado por los trabajadores por cuenta ajena que desarrollan la actividad laboral, mediante el uso exclusivo o prevalente de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación, en el domicilio de la persona trabajadora o en el lugar elegido por ésta, durante toda su jornada o parte de ella. Los contornos del concepto son delimitados por la fijación de un porcentaje mínimo de trabajo remoto, un umbral a partir del cual se entiende que el teletrabajo es regular, de lo que deriva la aplicación de la normativa específica adoptada. La regularidad se perfila indicando que existirá la misma cuando se realice a distancia un mínimo del 30% de la jornada en un período de referencia de tres meses.

Los márgenes de la negociación colectiva para definir al teletrabajo son amplios. Por un lado, podrá incluir en el ámbito de aplicación legal a trabajos con un porcentaje de trabajo remoto y/o un período de referencia inferior al indicado[22], es decir el convenio colectivo podría precisar que aunque el teletrabajo no encaje en los contornos descritos se calificará como regular y le será aplicable la normativa específica vigente. Y, por otro, será factible que el convenio colec-

el comité de salud laboral, y Convenio colectivo de la Financiera del Corte Inglés, EFC SA, BOE de 6 de mayo de 2021, art. 44.7.

21 Convenio colectivo de la Banca, BOE de 30 de marzo de 2021, art. 27.7 y Convenio colectivo Financiera El Corte Inglés, EFC SA, BOE de 6 de mayo de 2021, art. 44.4.

22 Cfr. apartado 2 de la Disposición Adicional Primera del RDL 28/2020. Por ejemplo, se podría reducir el porcentaje mínimo del 30 al 10%, con el fin de incluir dentro del teletrabajo a los trabajos que incluyan un día de trabajo remoto. Y/o disminuir el período de referencia de tres meses a dos meses o un mes, con el objeto facilitar la delimitación del trabajo regular.

tivo contemple opciones variadas, tales como que se refiera a una horquilla de trabajo a distancia, por ejemplo entre un 30 y un 60%, para eludir los riesgos derivados de un excesivo aislamiento del trabajador[23] o que ordene el teletrabajo parcial con una distribución secuencial semanal, por ejemplo 2 días una semana y tres la siguiente, y así sucesivamente[24], o con un número máximo de días de teletrabajo a la semana o al mes, lo que puede producir el efecto de eludir la aplicación de la Ley 10/2021[25]. Es más, incluso se pueden localizar convenios colectivos que realizan una delimitación de contrario, precisando qué supuestos de hecho no serán constitutivos de teletrabajo[26].

Los sindicatos son proclives a introducir este tipo de cláusulas perfiladoras en las mesas negociadoras, pues consideran que por lo general con las mismas se puede ampliar la operatividad del abanico de medidas contempladas en la Ley 10/2021, protegiéndose a un elenco más amplio de teletrabajadores, y neutralizándose de alguna manera la distinción implantada entre teletrabajadores regulares e "irregulares", a los que en principio se les aplicará la regulación del contrato de trabajo común.

Además, de forma específica y en aras de reforzar la protección de los trabajadores más jóvenes, en relación a los contratos celebrados con menores, y en prácticas y para la formación y el aprendizaje, se establece que el acuerdo de trabajo a distancia debe fijar, al menos, un porcentaje de presencialidad de un 50%, lo que a *sensu contrario* quiere decir que cabrá que por la negociación

23 Vid Convenio colectivo de Iberdrola Grupo, BOE 2 de marzo de 2021, art.21, que establece un máximo de dos días a la semana de teletrabajo para evitar un excesivo aislamiento.

24 Vid Convenio Colectivo de Bureau Veritas Solutions, SA, e Instituto de Calidad SAU, BOE de 10 de marzo de 2021, art.44, que establece que esta secuenciación de días de teletrabajo tendrá una duración de tres meses, siendo prorrogada tácitamente.

25 Convenio Colectivo R.Cable y Telecable Telecomunicaciones, SAU, BOE de 9 de febrero de 2021, art.9, que señala que cada trabajador dispondrá cada mes de 5 días completos (no se podrán utilizar ni medios días, ni por horas), no acumulables de un mes a otro ni más de dos días a la semana, para realizar su jornada laboral en s u domicilio habitual o en el lugar elegido por este/a. La distribución de estos días deberá ser acordada con el responsable. No siendo de aplicación, a los efectos de este artículo, el régimen establecido en la Ley 10/2021, al pactarse una prestación de servicios a distancia inferior al 30% de la jornada de la persona trabajadora.

26 Convenio colectivo de Bureau Veritas Solutions, SA e Instituto de Calidad, SAU, BOE de 10 de marzo de 2021, art.44, que precisa que no será teletrabajo el trabajo en remoto derivado de la pandemia, el sobrevenido a causa de fuerza mayor ajena a la empresa o cuan do la actividad principal justifica por sí misma la realización del trabajo habitualmente fuera de las instalaciones de la empresa, siendo los elementos informáticos y de comunicación, meros elementos de auxilio y facilitación de la actividad laboral.

colectiva se exija un porcentaje superior para esa empresa o sector. Y todo ello sin perjuicio de que en los contratos de aprendizaje se prevea el desarrollo telemático, en su caso, de la formación teórica exigida.

En adición, los convenios colectivos pueden determinar las actividades o puestos de trabajo susceptibles de ser desarrollados con teletrabajo, así como delimitar los requisitos exigidos para el desempeño de esta forma de organización del trabajo, siendo éstas materias que deberían ser abordadas en sede colectiva para atender las singularidades de cada sector y/o empresa. Esta precisión es advertida tanto por el artículo 8.3 de la Ley 10/2021, como por la Disposición Adicional Primera de la misma norma, que señala que los convenios o acuerdos colectivos podrán establecer, en atención a la especificidad de la actividad concreta de su ámbito, entre otros aspectos, "*la identificación de los puestos de trabajo y las funciones susceptibles de ser realizadas a través del teletrabajo*", "l*as condiciones de acceso al teletrabajo*" y "*los criterios por los que la persona que desarrolla trabajo presencial puede pasar a teletrabajo*".

A mayor implicación de la negociación colectiva en la regulación de estas cuestiones, menor discrecionalidad y/o arbitrariedad empresarial en el ejercicio del poder de dirección vinculado a esta materia. Es decir, es conveniente introducir en sede colectiva criterios objetivos que permitan tanto la descripción inicial de un puesto de trabajo a desarrollar en la modalidad de teletrabajo, como arbitrar de alguna manera que la eventual implantación de teletrabajo total o parcial en determinados puestos de trabajo no sea una exclusiva facultad empresarial. Por ejemplo, en determinados casos se podría sostener, preferentemente tras un proceso de información y consulta entre empresa y representantes de los trabajadores o tras el desarrollo de planes de ordenación de recursos humanos, que la racionalización, simplificación y mejora de los procesos y métodos de trabajo aconsejan la introducción de esta forma de organización del trabajo en determinadas ocupaciones para conseguir una mayor eficiencia en la prestación de servicios.

Por ende, los convenios colectivos, partiendo de la premisa de que tanto el acceso al teletrabajo como su reversibilidad deben ser voluntarios, deberían delimitar a la hora de describir los puestos de trabajo si cabe que los mismos se acojan a la modalidad de teletrabajo o no, así como precisar, en su caso, los requisitos profesionales[27] y/o formativos que el trabajador que desee acogerse a

27 Por ejemplo, el Convenio colectivo de Nokia Transformation Engineering&Consulting Services

esta forma de trabajo debe reunir, lo que facilitará la planificación de la evaluación de los riesgos laborales existentes en ese puesto de trabajo. Más aún, cuando tras la pandemia la organización del trabajo a través de teletrabajo ha dejado de ser marginal, y está transitando hacia un reconocimiento más estandarizado como forma de gestionar los recursos humanos en las empresas[28].

En la muestra de convenios analizados en ocasiones no se encuentran indicaciones al respecto, en otras se localizan delimitaciones vagas, que sólo señalan que esta forma de trabajo será aplicable en aquellas posiciones que sean "teletrabajables", sin más detalle, y en otras se detecta una descripción algo más precisa[29], aunque no minuciosa, o incluso una delimitación de contrario, concretando los puestos de trabajo en los que no es factible el teletrabajo[30].

La necesariedad de precisiones sobre los puestos de trabajo que se pueden desarrollar a través de teletrabajo en las empresas, se ve acentuada en la medida

---

Spain, SLU, BOE de 12 de agosto de 2020, art.49, dispone que cuando se acredite una antigüedad de seis meses, se tendrá derecho a teletrabajar un día a la semana, salvo que el proyecto o área funcional al que pertenezca el trabajador no lo permita por razones de necesidad técnica de presencia.

28 IV Convenio colectivo del Ciclo integral del agua, BOE de 21 de enero de 2021, Disposición Transitoria 2ª, que establece que las empresas incluidas en el ámbito funcional del convenio y que, por decisión organizativa y de forma voluntaria, modifiquen su sistema de trabajo de tal forma que sustituyan parte de la prestación de trabajo presencial por trabajo a distancia, quedando dentro del ámbito de aplicación del RDL 28/2020, tendrán en consideración toda una serie de cuestiones vinculadas al desarrollo del teletrabajo.

29 Convenio colectivo de Iberdrola Grupo, BOE de 2 de marzo de 2021, que en su artículo 8 fija los principios generales de organización del trabajo, apelando a la delimitación de las ocupaciones y puestos de trabajo y a la flexibilidad, en su artículo 21 se refiere específicamente a la implantación del teletrabajo en la empresa, en la línea de implantar jornadas continuas y flexibles, siempre que ello permita la cobertura de las necesidades organizativas, sobre todo en lo que afecta al proceso productivo, de suministro y/u otras actividades en el ámbito nacional e internacional, y en su anexo 5, denominado Modalidades de jornada y horarios, precisa que se incluye el teletrabajo y un horario con mayor flexibilidad para aquellos técnicos cualificados que por las características de su trabajo así lo precisen y siempre y cuando se cubran las necesidades organizativas.

30 Convenio colectivo Bureau Veritas SA e Instituto de Calidad SAU, BOE de 10 de marzo de 2021, art.44, que señala que siendo el teletrabajo voluntario y reversible, será aplicable en aquellas posiciones que sean teletrabajables, precisando que ello no será así cuando el trabajo deba realizarse en oficinas, atendiendo a clientes de forma habitual; y precisa que no se considerará teletrabajo si la naturaleza de la actividad principal desempeñada justifica por sí misma la realización del trabajo habitualmente fuera de las instalaciones de la empresa, siendo los elementos informáticos y de comunicaciones meros elementos de auxilio y facilitación de la actividad laboral, ni aquellas situaciones de trabajo en remoto derivadas de pandemia o cualquier causa de fuerza mayor ajena a las empresas. Y Convenio colectivo de Nokia Transformation Enginering&Consulting ServicesSpain, SLU, BOE de 12 de agosto de 2020, art.49, que precisa que el teletrabajo será posible, salvo que el proyecto o área funcional al que pertenezca no lo permita por razones de necesidad técnica de presencia.

en la que en la actual coyuntura, en la que parece evidente que el teletrabajo ha llegado para quedarse, algunos convenios colectivos, en aplicación de unas determinadas políticas de responsabilidad social corporativa, y en ocasiones en línea con los ejes estratégicos vinculados al cumplimiento de los objetivos de desarrollo sostenible, formulan declaraciones programáticas que abogan por impulsar y favorecer esta forma de organización del trabajo, para contribuir a implementar un modelo productivo afín al logro de unos resultados acordes a lo planteado[31].

3.3. Ordenación del tiempo de trabajo y derecho a la desconexión digital

Partiendo de que la ordenación de la jornada de trabajo debe ser igual para los trabajadores presenciales y a distancia, no se puede obviar que en los convenios colectivos se podrán introducir algunas singularidades ligadas a las características de esta peculiar forma de trabajar. Es decir, en esta materia, los teletrabajadores además de regirse por lo dispuesto tanto en el ET como en el RD 1561/1995, de 21 de septiembre, deberán sujetarse a lo dispuesto sobre la duración y distribución de la jornada de trabajo en los convenios colectivos aplicables. Y todo ello sin sufrir perjuicio alguno en comparación a los trabajadores presenciales, por ejemplo no sería lícito que al hilo del acceso al teletrabajo se admita en el clausulado convencional o en el acuerdo de trabajo a distancia la posible imposición unilateral del cambio de jornada partida a continuada o

31 Entre otros, Convenio colectivo de Lyntia Networks, SAU, centros de Madrid y La Coruña, BOE de 23 de noviembre de 2020, Disposición Transitoria 3ª, que menciona un Programa de Teletrabajo, apelando a la implantación de una política de aplicación de esta modalidad de trabajo en la empresa, a salvo de que por la evolución de la forma de prestar servicio o por el devenir de la actividad de la campaña resulte de imposible aplicación o excesivamente gravoso o costoso; Convenio colectivo de Bureau Veritas SA e Instituto de Calidad SAU, BOE de 10 de marzo de 2021, art.44, que señala que empresa y federaciones sindicales convienen la potenciación del teletrabajo, como forma de organización o ejecución del trabajo que utiliza las tecnologías de la información, en el marco de una relación laboral realizada preponderamente en el domicilio de la persona trabajadora; Convenio de Iberdrola Grupo, BOE de 2 de marzo de 2021, que apela a la adaptación y organización en la empresa para afrontar mejor la competitividad, y a la incorporación constante de nuevas tecnologías y formas de organización del trabajo, haciendo compatible estas premisas de desarrollo de la empresa con el mantenimiento del empleo, y el desarrollo profesional del personal. Y precisando que el teletrabajo contribuye a la mejora del clima laboral de la compañía y a la motivación de los trabajadores, además de posibilitar ahorro de tiempos y costes a la persona que teletrabaja, sin merma de su eficiencia y productividad; Convenio colectivo de Michelín España, BOE de 3 de julio de 2020, que en el contexto de la responsabilidad social corporativa apela a la contribución de la empresa a la movilidad sostenible, a lo que puede ayudar, entre otras medidas, la implantación del teletrabajo en sus centros de trabajo.

viceversa, pues para ello deberán acreditarse las causas y seguirse el procedimiento establecido en el artículo 41 ET.

Además, hay que resaltar que en sede colectiva cada vez son más frecuentes las previsiones tendentes a flexibilizar los contornos de los tiempos de trabajo, presencia, disponibilidad[32], y descanso, y esta situación probablemente pueda tener un mayor impacto entre los trabajadores remotos[33].

La jornada a distancia de los teletrabajadores a los que se aplica la Ley 1072021 oscilará entre un 30% y un 100% de la jornada laboral, y podrán realizar tanto horas ordinarias de trabajo como extraordinarias o complementarias. Para eludir todo fraude al respecto las empresas deberán cumplir las mismas obligaciones de registro vigentes para el resto de trabajadores. El registro de la jornada de estos empleados deberá tener las mismas garantías que el del resto[34], reflejando el inicio y el final de la jornada, siendo objetivo, fiable, no manipulable y accesible para el teletrabajador y los representantes de los trabajadores, y canalizándose a través de apps o aplicaciones que deberán ser instaladas y/o descargadas en los PC u otros dispositivos tecnológicos puestos a disposición de las personas trabajadoras por la empresa. En algunos convenios colectivos se aprecian referencias a esta cuestión, que deben ir en la línea de garantizar que la empresa se haga cargo de habilitar dispositivos que permitan registrar la jornada diaria de los teletrabajadores[35] y de que se respeten los derechos de la persona trabajadora a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de datos.

32 Entre otras, STJUE de 9 de marzo de 2021, C-344/19.

33 El convenio colectivo de Iberdrola Grupo, BOE de 2 de marzo de 2021, en su anexo 5, denominado Modalidades de jornada y horarios, expresamente alude a que el tiempo efectivo de los teletrabajadores exclusivamente es el dedicado a actividades propias del puesto, descartando todos aquellos tiempos empleados en descansos o actividades personales, incluyendo aquellas realizadas con medios puestos a disposición por la empresa. En el mismo sentido, en el convenio colectivo de la Banca, BOE de 30 de marzo de 2021, art. 29, se delimitan las reglas reguladoras del registro de jornada, precisándose de forma detallada qué se considera tiempo efectivo de trabajo.

34 Cfr. art. 14 de RDL 28/2020, que hace hincapié en la realización del registro de los trabajadores a distancia, sin perjuicio de la posible flexibilidad horaria que los mismos pueda tener.

35 Vid el Convenio colectivo del Grupo Cetelem, BOE de 19 de febrero de 2021, art.16, que hace referencia a la implantación de un sistema de registro a través del Portal del empleado, para que cada trabajador, incluyendo a los teletrabajadores, realice diariamente el registro de forma virtual. O de forma detallada sobre las obligaciones de empresa y trabajadores en relación al registro, Convenio colectivo de las cajas y entidades financieras de ahorro, BOE de 3 de diciembre de 2020, art. 107 y Convenio colectivo del sector de la banca, BOE de 30 de marzo de 2021, art. 29, que precisa que el registro ha de ser objetivo, fiable y accesible, así como plenamente compatible con las políticas internas orientadas a facilitar la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, así como con la flexibilidad en la distribución del tiempo de trabajo, adecuación de jornada y prestación de

En relación a la ordenación de la jornada de trabajo, a pesar de que es muy factible que la planificación del trabajo a distancia se realice por la empresa en base a resultados, es conveniente, empero, establecer unas pautas o directrices para evitar, entre otros efectos, un excesivo aislamiento de los trabajadores. Entre otras, puede ser conveniente fijar un porcentaje mínimo de jornada presencial[36] o establecer una franja horaria determinada en la que los teletrabajadores deban estar conectados, a disposición del empresario y los compañeros[37], dado que en este contexto organizacional la comunicación, la generación de confianza entre el equipo de trabajo, es fundamental para eludir las consecuencias negativas ligadas a no verse con asiduidad. Asimismo, para evitar situaciones abusivas, desde la negociación colectiva se debería realizar una labor pedagógica y prohibir que durante un mismo día un trabajador desarrollara una porción de la jornada de trabajo de forma presencial y otra teletrabajando, pues esa fragmentación ocasionará potenciales perjuicios al trabajador, que deberá gestionar en un mismo día desplazamientos de ida al centro de trabajo y vuelta al domicilio o lugar elegido para teletrabajar, así como racionalizar el trabajo debido en ambas sedes físicas.

Los cambios ocasionados por la pandemia han expandido el teletrabajo y han cuestionado un modelo basado preponderantemente en el presencialismo, llegándose a la conclusión de que la productividad de la empresa puede mejorar con una aplicación adecuada de este sistema de trabajo. Eso sí, para lograr un equilibrio adecuado entre el incremento de los beneficios y la competitividad empresariales, la conciliación de la vida laboral y personal y el cuidado de la seguridad y la salud de los trabajadores, se deben articular mecanismos que garanticen el derecho a la desconexión digital de los mismos[38]. Este derecho, enunciado en el artículo 88 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales (en adelante

servicios en modelo de teletrabajo, trabajo en remoto o a distancia y otras similares.

36 Convenio colectivo de Iberdrola Grupo, BOE de 2 de marzo de 2021, art.21, que establece que el teletrabajo será el desempeñado en el domicilio habitual dos días a la semana o Convenio colectivo de las cajas y entidades financieras de ahorro, BOE de 3 de diciembre de 2020, art. 14.4.

37 Convenio colectivo del ciclo integral del agua, BOE de 21 de enero de 2021, disposición transitoria segunda, que establece que el acuerdo de teletrabajo deberá incluir entre (entre otros aspectos) el inicio y la finalización de la jornada, los tramos de actividad y el tiempo de activación y desactivación de equipos.

38 El Convenio colectivo del ciclo integral del agua, BOE de 21 de enero de 2021, Disposición transitoria segunda, hace alusión a que "*las partes deberán acordar un horario de disponibilidad de teletrabajo, además de la necesidad de establecer y obligar a realizar un registro de la jornada correspondiente*".

LOPD) y de forma específica en el artículo 18 de la Ley 10/2021, requiere ser concretado en sede colectiva, y por ello es cada vez más usual encontrar precisiones al respecto o apelar a que se aborde en los establecimientos productivos la elaboración de códigos de conducta, protocolos[39] o buenas prácticas[40] sobre los derechos y obligaciones de trabajadores y empresa en esta materia[41]. Las medidas precisadas en sede colectiva suelen estar orientadas en dos direcciones: la prohibición de enviar e-mails, atender llamadas, whatsapps, en horario de descanso[42] y la formación o sensibilización del personal en el uso racional de las herramientas tecnológicas para evitar la fatiga informática[43]. Igualmente, también es necesario prever en los convenios colectivos en qué supuestos cabrán excepciones, y los trabajadores deberán estar disponibles ante los requerimientos de las empresas[44] y es conveniente subrayar que el ejercicio de este derecho por

39 Convenio colectivo del Grupo Cetelem, BOE de 18 de febrero de 2021, art. 21. El convenio colectivo del Grupo Accepta Servicios Integrales, SLU, BOE de 30 de julio de 2020, art. 21, señala que las partes firmantes del convenio fijarán en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor del convenio los criterios para el ejercicio del derecho a la desconexión digital, en los que al menos se especificarán las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión en los supuestos de trabajo a distancia o en el domicilio particular.

40 El Convenio colectivo de Financiera El Corte Inglés, EFC SA, art. 15.4 enuncia todo un elenco de buenas prácticas para una mejor gestión del tiempo de trabajo, entre otras: limitar las convocatorias de formación, reuniones, videoconferencias, presentaciones, etc. fuera de la jornada de trabajo de cada persona trabajadora, procurar que las comunicaciones se envíen exclusivamente a las personas implicadas y con el contenido imprescindible, incorporar la utilización de videoconferencias para evitar desplazamientos innecesarios, fijar que con carácter general las reuniones no acabarán más allá de las 19h…

41 Convenio colectivo de Bureau Veritas Solutions, SA, e Instituto de Calidad, SAU, BOE de 10 de marzo de 2021, artículo 26.

42 Entre otros, Convenio colectivo Iberdrola Grupo, BOE de 2 de marzo de 2021, Disposición Final Octava, o Convenio colectivo de las Cajas y entidades financieras de ahorro, BOE de 3 de diciembre de 2020, art. 15 y convenio colectivo de la Banca, BOE de 30 de marzo de 2021, art. 80.1.

43 Cfr., entre otros, Convenio colectivo de R.Cable y Telecable Telecomunicaciones, SAU, BOE de 19 de febrero de 2021, art.10 y Convenio colectivo de Financiera El Corte Inglés, EFC SA, BOE de 6 de mayo de 2021, art. 54.

44 Vid el Acuerdo de modificación del Convenio colectivo de Nokia Transformation Engineering&Consulting Services Spain, SLU, BOE de 20 de abril de 2021, art. 51, que precisa que no serán aplicables las medidas que garantizan el derecho a la desconexión digital en los casos que concurran circunstancias de causa de fuerza mayor o que supongan grave, inminente o evidente perjuicio empresarial o del negocio, cuya urgencia temporal necesita indubitadamente de una respuesta inmediata. En dichos supuestos, la empresa contactará con la persona trabajadora para comunicarle la situación de urgencia que motiva dicha situación, informando simultáneamente de este hecho a la comisión de seguimiento.

las personas trabajadoras no puede suponer ningún trato diferenciado, sanción o perjuicio en sus posibilidades de promoción, evaluación del desempeño[45],etc.

4. CONCLUSIONES

Desde unos años atrás nos encontramos en una fase de modificaciones en nuestro sistema productivo y de relaciones laborales, motivada por la implantación de la economía 4.0 y por los avances de la transformación tecnológica. Partiendo de esta premisa, la abrupta irrupción de la pandemia mundial originada por la COVID-19 ha acelerado aún más todas los cambios económicos y sociales. A ello hay que unir la corriente impulsada por los Objetivos del Desarrollo Social aprobados por la ONU, que aboga por una estrategia basada, entre otros factores, en el trabajo decente y en el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, y que también se ve reflejada en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia presentado por España en abril de 2021, con ocasión de la gestión y desarrollo de los fondos europeos de recuperación Next Generation UE.

La expansión del teletrabajo, fuertemente vinculada al proceso de digitalización e internacionalización de la economía, ha sido impulsada por las restricciones de movilidad y aislamiento exigidas por una situación sanitaria muy compleja, y con toda probabilidad ha llegado para quedarse, pues los modelos productivos emergentes demandan modalidades de organización del trabajo flexibles.

Hasta el inicio de la pandemia originada por el coronavirus la regulación existente sobre el teletrabajo en nuestro ordenamiento jurídico era deficitaria. Su régimen jurídico era precisado insuficientemente en el artículo 13 ET, que se apoyaba en lo establecido en el Acuerdo marco europeo sobre el teletrabajo, suscrito en 2002. Ahora bien, en cuanto el avance del teletrabajo se acelera por las circunstancias sobrevenidas, se evidencia que es necesario abordar un desarrollo más pormenorizado del régimen jurídico del trabajo a distancia y el teletrabajo. En nuestro país, esta demanda social, puesta en manos de la concertación social, cristaliza con la conclusión de un pacto entre el gobierno y las organizaciones patronales y sindicales más representativas, que se traslada al Real Decreto Legislativo 28/2020, de 22 de septiembre, convalidado por la Ley 10/2021, de 9 de julio. En esta norma se otorga un papel sustancial a la

45 Convenio colectivo del Grupo Accepta Servicios Integrales, SLU, BOE de 30 de julio de 2020, art.21.

negociación colectiva, convirtiéndola en una herramienta indispensable en el desarrollo y perfeccionamiento de los principios y medidas que rigen esta forma de prestar la actividad laboral. Ello se revela de forma clara por las constantes remisiones realizadas por la disposición legal a la negociación colectiva y a los convenios colectivos.

Las especialidades en materia de prevención de riesgos laborales de los teletrabajadores son ostensibles, a causa, principalmente, de que cuando se desarrolla esta modalidad contractual no existe un centro de trabajo al uso, concepto sobre el que gira la aplicación de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y su normativa de desarrollo. Ello exige analizar, entre otras cuestiones, la forma de evaluación de los riesgos laborales y de planificación de la actividad preventiva; el impacto de riesgos con una potencial mayor incidencia, como los ergonómicos, los organizativos y los psicosociales; las circunstancias *sui generis* que rodean a los accidentes de trabajo en un centro de trabajo tan peculiar; los rasgos definitorios del teletrabajo en cada empresa y las descripciones de los puestos de trabajo teletrabajables; las características del derecho a la desconexión digital…

El avance en esta materia es todo un reto, más aún cuando lo que está en juego es la salvaguarda del derecho a la seguridad y a la salud en el trabajo de las personas trabajadoras. Y en la misma se deben implicar las empresas, los teletrabajadores, los servicios de prevención, los representantes de los trabajadores, y de forma especializada los delegados de prevención, la inspección de trabajo… Es necesario que en los próximos años, en los que se augura la expansión y consolidación del teletrabajo en nuestro mercado laboral, este desafío sea afrontado con todo un elenco de recursos humanos y económicos, para lograr los mejores resultados posibles y aportar seguridad a los nuevos entornos laborales.

ALGORITHMIC BOSSES CAN'T LIE!

How to foster transparency and limit abuses of the new algorithmic managers

GIOVANNI GAUDIO

Read law at Bocconi University, Milan, where he obtained his degree in law (2014) and later received his PhD (2019). Giovanni carried out research at Oxford University (2017) and acted as a consultant for the International Labour Office (2015). An article summarizing the results of his PhD thesis have been awarded by the IALLJ with the Marco Biagi Award 2019. He was lecturer at Bocconi University (2019). From 2019, he works at Ca' Foscari University, Venice on a project funded by the Italian Ministry of Education focusing on the intersections between law and technology.

ABSTRACT: This paper wants to understand whether there are rules that may foster transparency and prevent abuses of managerial prerogatives potentially arising from the increasing recourse to algorithmic management practices. This article points to three types of regulatory techniques that may alleviate these issues, which are: a) information and access rights, to be exercised before a claim has been brought; b) rules that, within a trial, switch the burden of proof on the employer; and c) rules that, within a trial, grant judges with broad powers to gather evidence. All these regulatory techniques incentivise employers to recur to only those algorithmic tools with a decision-making process that can potentially be made transparent, thus uncovering possible abuses of employers' managerial prerogatives. a more massive recourse to these regulatory antibodies can constitute an effective policy recommendation to better face the challenges posed by the algorithmic revolution.

KEYWORDS: algorithms; transparency; employment.

1. EXERCISING MANAGERIAL PREROGATIVES THROUGH ALGORITHMIC MANAGEMENT DEVICES, BETWEEN INFORMATION ASYMMETRIES AND RISKS OF ABUSES FROM THE NEW ALGORITHMIC BOSSES

Technology is changing the way entrepreneurs manage their human resources. Decisions that used to be taken by humans are, always more often, partially or totally delegated to algorithms[1]. This phenomenon, which has been labelled 'data-driven' or 'algorithmic management'[2], consists in automating managerial functions that traditionally were performed by human managers in order to optimise business processes[3]. In other words, this can be defined as 'a diverse set of technological tools and techniques to remotely manage workforces, relying on data collection and surveillance of workers to enable automated or semi-automated decision-making'[4].

Algorithmic managements practices have been tracked down and researched in greatest details with reference to platform work, which is the sector where

1 The technical terms used in this article have the meaning indicated in the glossary for lawyers prepared by the Research Group on the Regulation of the Digital Economy.

2 According to O'Connor, this expression has been coined by Lee - Kusbit - Metsky - Dabbish, 1603-1612.

3 Kellogg - Valentine - Christin and Wood.

4 Mateescu - Nguyen, 1.

algorithms have been widely used to direct, monitor, and discipline workers[5]. However, research and news reports show how these tools have been used, even if to a lesser degree, in other sectors[6]. From logistics to services, many employers have already started to dismiss the completely human exercise of their managerial prerogatives, totally or partially delegating them to more or less smart machines. Data collected through people or workforce analytics practices[7] are the fuel to fill the tank of algorithmic management tools[8], which are capable of taking automated or semi-automated decisions affecting the workforce[9]. Thanks to the progresses made in the field of Artificial Intelligence (AI)[10], companies are thus increasingly recurring to these tools to perform several HR managements functions, such as recruiting candidates, allocating tasks, scheduling work-shifts, and managing the performance of their workforce[11]. Technology is not only used to monitor workers more closely, but also to give them instructions and, mostly in the delivery and logistics industries, even to discipline those employees who do not obey the orders of their new algorithmic bosses[12]. This is not a dystopian picture of what the future of work will look like. Rather, this is already the reality characterising many modern workplaces.

Notwithstanding the advantages in terms of increased labour productivity, recurring to algorithmic management tools is often justified by the idea, popular also among employees, that algorithmic decision-makers, above when equipped with AI tools, are more accurate, impartial, and objective than human ones[13]. Although the level of accuracy of these tools is increasingly higher, recurring to technology is not always risk-free. It has already happened that algorithms have revealed themselves as biased decision-makers. First, the data used to program the algorithm may embed human and societal biases. Second, a human input is always needed when building the architecture of an automated decision-making model. Therefore, even in those cases where there are no issues with the data

5 Mateescu - Nguyen, 3; Adams-Prassl, 131-132; and Wood, 11. This is also confirmed by the fact that management studies have used the gig-economy as a case-study of this trend: Duggan - Sherman - Carbery - McDonnell, 114 ff. and Jarrahi - Sutherland, 578 ff.

6 Mateescu - Nguyen, 5-12; Kellogg - Valentine - Christin, 372-382 and Wood, 2-9.

7 Cherry, 7-11 and Dagnino, 4-9.

8 Aloisi - De Stefano, 78-79.

9 Wood, 11-13.

10 Research Group on the Regulation of the Digital Economy.

11 De Stefano, 23-31 and Adams-Prassl, 131-137.

12 Kellogg - Valentine - Christin, 372-382 and Wood, 2-9.

13 Kellogg - Valentine - Christin, 368-369.

used as input of the model, the decision may be in any cases flawed because of the algorithmic programmer's biases[14]. In both cases, the issue is that algorithmic decision makers, more than human ones, can deploy these biases at scale. These risks have already materialised in the HR management context[15].

This problem has often been exacerbated by the lack of transparency characterising most part of automated decision-making processes. Algorithms can be described as black boxes, characterised by different types and degrees of opacity[16]. This means that the recipients of a decision taken by an algorithm may not have any idea of how and why the model has reached a certain conclusion using the processed data. In addition, black boxes' degree of opacity may be even higher because, in most cases, no one knows which data have been used as input of the algorithmic decision-making process, except for their original programmers or those working with these devices[17].

Therefore, workers are mostly unaware of the decision-making processes of the algorithms that manage the performance of their employment. While people or workforce analytics practises make workers transparent to their managers, the reasons behind the decisions taken by algorithmic management tools are inscrutable for workers[18], because algorithms are legally inaccessible or technically indecipherable. The resulting scenario is employees are managed by opaque algorithms, thus increasing the information asymmetries in the already unbalanced relationship between the parties to an employment contract[19].

The existing literature on this topic has claimed that workforce analytics and algorithmic management practices 'can lead to a "genetic variation" of managerial prerogatives, by "upgrading" them to levels unheard in the past'[20]. The advent of AI technologies would allow employers to monitor their workforce more pervasively, thus given them more opportunities to discipline them when do not obey the orders of their new algorithmic bosses. This would also allow them to manage their workforce pervasively, 'whilst scrupulously avoiding the

14 Hacker, 1146-1150; Kullmann, 5; Xenidis - Senden, 2-9.

15 Otto, 393 and De Stefano, 27-29.

16 Pasquale.

17 Burrell, 1 and Gerards - Xenidis, 45-46.

18 Aloisi - De Stefano, 70-71.

19 Otto, 392-393. See also Rosenblat - Stark, 3758 ff. and Duggan - Sherman - Carbery - McDonnell, 120.

20 De Stefano, 36.

appearance of traditional employer control'[21]. For all these reasons, it has also been claimed that this should entail an update – or even a rethinking – of employment laws that, as they are today, may be inadequate to address the issues posed by the algorithmic revolution[22].

The aim of this paper is thus to understand whether there are rules that may foster transparency and avoid abuses of employers' managerial prerogatives potentially arising from the increasing recourse to algorithmic management practices. In other words, this article will try to check whether there are any existing regulatory techniques that may be helpful in alleviating the issues of lack of transparency and augmentation of managerial prerogatives. In order to perform this task, I will analyse three different case-studies of algorithmic management devices developed and deployed by Amazon in the US, to understand whether the implementation of these specific tools in the EU may have been legally feasible from an employment and data protection laws perspective, analysing three discrete legal issues, which are often at stake in employment litigation: a) limits to employers' monitoring powers and dismissal protection; b) non-discrimination; and c) classification of workers.

Section 2 begins by clarifying the assumptions behind this analysis and its limitations. Section 3 continues by simulating how a court in an EU Member State would decide on the legitimacy of the implementation of three discrete algorithmic devices used by Amazon in the US. Section 4 summarizes the findings of the case-studies analysis carried out at Section 3, showing that these techniques, which are pretty common in the EU legal systems and beyond, may constitute effective regulatory responses to increase the transparency of algorithmic management devices and consequently limit the risk of abuses of managerial prerogatives deriving from their implementation. Section 5 concludes, by highlighting how algorithmic transparency may be fostered even through legal techniques that, counterintuitively, do not uncover the truth hidden behind the algorithm.

21 Adams-Prassl, 144-146.

22 Adams-Prassl, 124.

2. SIMULATING EMPLOYMENT ALGORITHMIC LITIGATION IN THE EU: SOME PRELIMINARY COMPARATIVE ASSUMPTIONS

In order to analyse the three case-studies, it will be necessary to choose a specific legal system of an EU Member State where running a simulation on how a certain case would be decided. In fact, also when a certain domain is extensively regulated at the EU level, 'the effective normative outcomes … necessarily occur at the national level and are inevitably distinctive or specific to each Member State in their fine texture, even if they all conform to a general norm which has been formulated at the EU level'[23]. In addition, it shall be considered that, when simulating how a specific case will be decided, many substantial and, above all, procedural aspects are exclusively regulated at national level, without any intervention at the EU one. Therefore, I will choose the Italian legal system, which is part of the EU one, as the legal environment where I will carry out the case-study simulations, because I am an Italian trained lawyer.

Notwithstanding the above, this analysis may be interesting for a broader audience for the following two reasons. First, it does not specifically intend to focus on the outcome of a specific case, but rather on the regulatory techniques used to decide such a case. Therefore, if these regulatory techniques prove to be effective in a certain legal system, they may be cautiously transplanted in other legal systems that wants to implement effective regulatory tools to better facing the issues of algorithmic opacity and abuses of managerial prerogatives. Second, the assumption behind this analysis is that these regulatory techniques are already widely in place at least within civil-law EU legal systems, and they can be thus directly used in these other Member States. This is why civil-law EU legal systems seem to have many critical similarities when looking at their substantial and procedural laws to be applied when simulating how these three case-studies will be decided in Italy. Therefore, it seems possible to assume that regulatory techniques already exist not only in Italy, but at least in all civil-law EU legal systems, as it will be seen shortly. In any case, in order to further validate this point, when in Section 4 I summarizes the findings of the case-study analysis carried out under Italian law, I will also show how these legal techniques have been experimented elsewhere in the EU, referring to legislation or decisions taken within legal systems of other Member States.

23 Freedland - Kountouris, 418.

With regard to substantial laws that will be analysed in running the simulations, the above assumption is based on the following two reasons. First, certain domains, such as non-discrimination[24] and data protection[25] laws, are extensively regulated at the EU level and they are thus heavily harmonized or even uniform in all the legal systems of all Member States. Second, other domains, although not specifically regulated at the EU level, are in any case similar throughout the EU. Most Member States limit employers' monitoring powers, not only from a data protection perspective, but also from a purely employment one[26]. In addition, despite variations among Member States, all of them provide employees with certain protections against unfair dismissals[27] and guarantee all employment rights only to those individuals which are party to an employment relationship, whose existence is determined applying tests and criteria that, on a very general basis, can be considered similar to each other[28].

With regard to procedural laws, Italian laws are similar to the ones of other civil-law EU systems, at least when looking at the main rules used to define the issues of a legal proceeding and to gather evidence[29], which are the key norms that will be referred to in running our simulations. These rules have to be briefly introduced here, because their content will be essential in understanding who, between the parties of an employment proceedings, has to burden to describe and demonstrate how an algorithmic management device has taken a specific decision that impacted on an employee.

In absence of pre-trial discovery devices typical of common-law jurisdictions[30], 'a system of fact pleading prevails in the civil-law model of procedure' characterizing continental EU countries[31], also with regard to employment proceedings[32]. In general terms, this means that civil-law litigants have to allege the

24 Craig - de Búrca, 929-994.

25 The so-called GDPR: among many, Aloisi - Gramano, 100-108.

26 See the analysis regarding France, Germany and Italy carried out by Aloisi - Gramano, 108-119.

27 See the comparative analysis among EU and non-EU European countries carried out by Herma van Voss - Waas - ter Haar.

28 Waas, xxvii-lxvii.

29 Varano, 9-10 and, more in details on German, French, and Italian civil-law systems, see Zuckerman, 251-334.

30 For a very general analysis, see Geeroms 15-19 and, more in details on UK and US common-law systems, see Zuckerman, 286-290 on the UK and 325-329 on the US.

31 Varano, 9.

32 See the answers of employment civil-law judges to questions B.12 and ff. in ILO (National Reports of European Labour Court Judges).

facts on which they establish their action and have to offer and specify the means of evidence on which they want to rely in support of the factual allegations they have made in their pleadings[33]. In such a context, the rules regarding the burden of proof play a fundamental role, because they 'make it possible for a trial to arrive at a decision for one side or another in a contested case, even though all the facts of the case may not be known, and, for various reasons, may never be known'[34]. To put it simply, the burden of proof distributes between the parties the risk of losing the case[35]. In civil-law systems, the burden of proof is generally on the claimant, while the respondent has the burden regarding exceptions[36]. However, this customary burden of proof may be shifted for various reasons, including when a party is at disadvantage in gathering evidence that, instead, can be more easily obtained by the counterparty because, for example, this is closer to the source of evidence[37]. Similar practical effects may be also produced through presumptions, i.e., those legal mechanisms that deem one fact to be true within a trial, even in absence of direct evidence of that fact. Presumptions substantially relieve the party that has the burden of proof to fully prove certain facts that may be very difficult to demonstrate[38]. This happens quite often in the employment context, when, depending on the circumstances, the burden of proof can be entirely or partially shifted to the employer, irrespective of whether he is the claimant or the respondent, or certain facts can be presumed when the employee may have difficulties in discovering and offering evidence to prove them[39].

Traditionally, civil-law systems are all characterised by the principle 'nemo tenenetur edere contra se', i.e., no party has to help his opponent in his enquiry of the facts and in his searching of the evidence that may be necessary to decide a specific case[40]. Nevertheless, there have always been certain, albeit traditionally very limited, exceptions to this general principle. All continental systems empower judges to issue ex officio certain measures to gather evidence

33 Geeroms, 27-28.

34 Walton, 1.

35 Summers, 506.

36 Walton, 52 and 68-69.

37 Taruffo, 230.

38 Walton, 1 and 276-277.

39 See the answers of employment civil-law judges to questions B.25 in ILO (National Reports of European Labour Court Judges).

40 Trocker - Varano, 255-258. For the Italian legal system, see Grossi - Pagni, 9-10 in general, but note that there are certain specificities in employment proceedings, 327-332.

that may be useful to find out whether the facts, as alleged by the parties, are true: e.g., order the production of certain documents, order a person to give a witness testimony, order an expert to inspect scenes or other things and provide an expert declaration on his findings[41]. More recently, also to balance the absence of pre-trial discovery devices, reforms have been introduced in many civil-law countries aimed at broadening these judges' power to gather evidence from either the opponent or third parties, allowing each party to have access to evidence not in his possession, because this would be instrumental to get as close as possible to the 'substantive truth'[42] of the case[43]. This has been the case, for example, in Italian employment proceedings, where, since the '70s, judges have been empowered with broad power to gather evidence[44], on the assumption that this may be necessary to unveil the substantive truth of the case, a purpose that may be prejudiced by the information asymmetries between the parties to an employment relationship, that may put the employee at disadvantage in gathering evidence that often are in the exclusive possession of the employer[45]. As a result, the traditional principle that no party has to help his opponent has been, to some extent, watered down, at least in those cases where judges have been granted with ex officio powers to gather evidence, because this can practically help the party who, despite having the burden of proving a fact, fails to collect the evidence at his own initiative before the trial begins.

3. LITIGATING THE ALGORITHM

1. Bringing a claim based on the alleged violation of the limits to the managerial prerogative of remotely monitor the workforce: the algorithm that tracks and fires employees for productivity

Amazon has developed an automated system to measure productivity of its warehouse's workforce. This system constantly tracks the rates of each individual associate's productivity and automatically generates warnings or terminations regarding quality or productivity without input from supervisors. According to his own lawyers, between August 2017 and September 2018, Amazon fired

41 Geeroms, 28-31.
42 Summers, 498-499.
43 Varano, 9-10 and Trocker - Varano, 255-258.
44 Grossi - Pagni, 333. See also ILO (National Reports of European Labour Court Judges), 106.
45 Ales, 370.

in his warehouse in Baltimore 300 full-time associates (the so-called 'pickers') for productivity reasons (approx. 10% of its staff annually)[46].

It is now time to understand how this case could be decided before an Italian employment Court, simulating a claim brought by a picker asserting that he was unfairly terminated because Amazon allegedly violated the limits to employers' monitoring powers. In running this simulation, we will assume that the dismissal for poor performance in itself could have been considered grounded under Italian law[47], and we will just focus on the issues relating to the data collected and processed by the algorithmic device that constantly tracked the picker's productivity to terminate him with a fully automated decision[48]. In this respect, it is critical to consider that, when certain data are collected and processed by the employer in violation of employment and data protection laws, these cannot be legitimately used as evidence in a claim, including unfair dismissal ones[49]. Therefore, a dismissal based on evidence illegitimately gathered will have to be considered unfair under Italian law, irrespective of whether the employer theoretically had factual and legal grounds for dismissing that employee for poor performance.

46 Lecher.

47 However, this cannot be taken for granted, as the case-law requires the employer not only to prove the poor performance of the employee, compared to the ones of his colleagues performing similar tasks, over a prolonged period of time, but also that the poor performance is the exclusive result of the employee's serious lack of diligence, and is not at all attributable to the way the employer organizes its workforce: for a review of the Italian case-law, see Gramano, 1506 ff.
In addition, Italian employers, before serving any disciplinary measure including dismissal, have to carry out a disciplinary procedure, where the employee can defend himself against the objections made against him by the employer. For the purposes of our simulation, we will also assume that Amazon fulfilled this duty.

48 Note that the issue of automated individual decision-making under the GDPR will not be directly analysed here: see, in general, Drożdż and, for an employment law perspective on these topics, De Stefano, 38-39; Aloisi - Gramano, 105-108; Hendrickx, 383-385; and Otto, 398-401.
However, the Amazon case would probably do not fall within the general prohibition of automated decision-making under Article 22(1) GDPR, but would be fall within the exception under Article 22(2)(a) GDPR. However, Amazon's algorithmic management device implementation would be probably unlawful. This is why it did not respect the safeguards provided under Article 22(3) GDPR, which provides that, also in the exception cases under Article 22(2)(a) GDPR, 'the data controller shall implement suitable measures to safeguard the data subject's rights and freedoms and legitimate interests, at least the right to obtain human intervention on the part of the controller, to express his or her point of view and to contest the decision'.

49 Within the employment law domain, this is provided by Article 4(3) of the Law no. 300 of 1970. Within the data protection law domain, this is provided by Article 2-decies of the Legislative Decree no. 196 of 2003. On this topic, see Gamba 122 ff.; Barbieri, 205-208; and Sartori, 283-285.

In a fact pleading system as the Italian one, the claimant employee, at the outset of the case, has to allege the facts on which he establishes his claim and has to offer the evidence on which he wants to rely on support of his factual allegations[50]. Nevertheless, in an unfair dismissal claim, the claimant employee has just to allege and demonstrate the fact that he was dismissed, because the law explicitly switches to the employer the burden of proving that the dismissal was grounded[51]. This means that, if Amazon does not want to lose the case, it will have to be able to gather and offer evidence regarding the termination decision automatically taken by the algorithm to show that the dismissal was factually and legally grounded on the picker's poor performance.

Notwithstanding the above, it can be argued that the scope of the burden of proof covers not only the grounds of the dismissal, but also the fact that the data relating to the picker's productivity, used to automatically terminate him, were legitimately collected and processed by Amazon through its algorithmic device, as this was an integral part of the decision-making process that led to the dismissal. Therefore, Amazon bears the risk of losing the case if it fails to produce in court the evidence regarding the data that fed the algorithm, and that they were gathered in compliance with data protection and employment laws. With regard to data protection law, Amazon will thus have the prove not only that it complied with a series of organizational requirements provided under the GDPR[52], but also that the data processing activity has respected all the principles laid down under Article 5(1) GDPR, which are lawfulness, fairness and transparency; purpose limitation; data minimisation; accuracy; storage limitation; integrity and confidentiality; and accountability[53]. With regard to employment law, Amazon will thus have to prove not only that it gave prior and adequate information to the picker regarding the modalities in which the

50 Article 414 of the Italian Civil Procedural Code provides that the claimant has to file an initial motion that has to contain 'the statement of facts and law on which the claim is based' and 'the specific indication of the evidence which the movant intends to exhibit and of the documents exhibited', see Grossi - Pagni, 326-327.

51 Article 5 of the Law no. 604 of 1966 specifically provides that the burden of proof of the legitimate grounds of the dismissal rests upon the employer: see ILO (National Reports of European Labour Court Judges), 107-108.

52 Namely, provide the employee with a series of information (Article 13 of the GDPR); carry out a data protection impact assessment (Article 35 GDPR); and, if it employs more than 250 persons, maintain a record of processing activities (Article 30 GDPR).

53 de Terwangne, 311 ff.

algorithmic device was used to remotely monitor him[54], but also that this device was installed in compliance with Article 4 of the Law no. 300 of 1970, that generally[55] prohibits remote monitoring of employees' working activity, unless there are certain specific needs that would allow the employer to set up a monitoring device[56], from which may also derive the possibility of remote control of the activities of the employees, whose use has to be in any case regulated by a policy which must previously be either agreed with the trade unions or authorized by the Italian Labour Inspectorate[57].

This conclusion is not only based on the specific provision that, under Italian law, says that the burden of proving the factual and legal grounds of the dismissal lies on the employer[58], whose scope would be in any case limited to the cases when the data collected and processed while remotely monitoring an employee are used as grounds to dismiss him. Rather, it is possible to reach the same conclusion relying on other provisions that specifically restrict the managerial prerogative of remotely monitoring the workforce. From a data protection law perspective, Article 5(2) GDPR provides that the employer, as a data controller, must be able to demonstrate that the processing has been carried out in compliance with the principles set out at Article 5(1) GDPR, a concept later restated by Article 24(1) GDPR. There is already a general consensus, among commentators, that these provisions shift the burden of proof to the data controller[59]. Therefore, Amazon would have the general burden of proving that its algorithmic management device lawfully collected and processed picker's data while he performed his tasks, regardless of the fact that these data were used to terminate his employment relationship. From an employment law perspective, Italian scholars agree that, when the law provides that managerial prerogatives can be exercised only when certain substantial or procedural requirements are met, it is the employer that has to demonstrate within a trial that it complied

54 This information requirement is set out by Article 4(3) of the Law no. 300 of 1970.

55 According to Article 4(2) of the Law no. 300 of 1970, this prohibition does not apply to those devices specifically used to perform the working activity or to the ones used to control access to the workplace and attendance.

56 According to Article 4(1) of the Law no. 300 of 1970, these monitoring devices can be set up, but only for organizational and production needs, for safety at work reasons or for protecting business assets.

57 Aloisi - Gramano, 116-119. Note that these policies normally limit the possibility for an employer to indiscriminately use data collected through these devices for disciplinary reasons.

58 See footnote 51.

59 Voigt - von dem Bussche, 31-32 and Docksey, 567-568.

with them, also in absence of a specific provision shifting the burden of proof to the employer[60]. Therefore, Amazon would have the burden of proving that the picker was remotely monitored in compliance with Article 4 of the Law no. 300 of 1970.

As a result, if Amazon wants to meet this burden of proof, it will have to make transparent within the trial the whole automated decision-making process, from the collection of the picker's data to the reasons behind the termination decision taken by its algorithmic device through the processing of these data. Assuming for the purposes of this simulation that Amazon respected all the other requirements set out by data protection and employment laws[61], the company would reveal to the court a probable violation of Article 4 of the Law no. 300 of 1970[62] and what seems an undeniable breach of Article 5 GDPR. This is why the collection and processing of the picker's data would be contrary, at least[63], to the principle of data minimization, which provides that personal data should only be processed if the chosen legitimate purpose cannot be reasonably fulfilled by other means[64]. In the Amazon's case, the purpose of measuring pickers' performance, also for disciplinary reasons, could have certainly be fulfilled through less intrusive and de-humanized means, not involving a huge amount of data processed by an algorithmic management device without any human intervention.

To sum up, when the burden of proof is totally shifted to the employer, this entirely bears the risk of losing the case for the failure of demonstrating the

60 Vallebona, 61-67 and 129-137.

61 The ones reported under footnotes 48, 52 and 54.

62 First, it does not seem that an algorithm specifically intended to remotely monitor the workforce to structurally terminate the worst performers may be considered a device 'specifically used to perform the working activity' of Amazon's pickers. Therefore, Amazon could not effectively trigger the provision under Article 4(2) of the Law no. 300 of 1970, on which see footnote 55. Second, it is debatable that, given the general prohibition to remotely monitor employees' working activity, case-law would consider a legitimate 'organizational and business need' under Article 4(2) of the Law no. 300 of 1970, on which see footnote 56, the Amazon's need of remotely monitor pickers' performance for disciplinary reasons: see Ingrao, 162 ff. and Tullini 102 ff. In addition, note that, as pointed out at footnote 57, trade unions and the Italian Labour Inspectorate normally limit the possibility for an employer to indiscriminately use data collected through these devices for disciplinary reasons.

63 Nevertheless, if the court deems illegitimate to indiscriminately use data collected through these devices for disciplinary reasons as pointed out at footnote 62, this would also amount to a violation of the purpose limitation principle provided under Article 5 GDPR: see Ingrao, 176 ff.

64 de Terwangne, 317.

decision-making process behind the algorithm. Therefore, if he does not want to unveil within the trial the substantial truth hidden behind an opaque algorithmic management device or if he cannot because this is technically difficult or even impossible, the defendant employer will lose the case against the claimant employee. On the contrary, if he decides to fulfil its burden of proof, the employer will have to offer evidence to show to the court that all the limits to the legitimate exercise of his managerial prerogatives were respected: something that, at least in the case of our simulation, would be improbable. Therefore, the rules that entirely switch the burden of proof to the employer constitute a strong incentive to set up only those algorithmic devices whose underlying decision-making logic and consequences for employees can be made transparent within a trial and, at least for a rational employer that does not intend to bear additional legal, managerial and reputational costs, only those that can be implemented in compliance with data protection and employment laws limiting the managerial prerogative of remotely monitor the workforce.

2. Bringing a claim based on the alleged violation of a non-discrimination duty: the ML recruiting tool that does not like women

From 2014 to 2015, Amazon experimented a hiring tool that used AI to give job candidates scores ranging from one to five stars. But by 2015, the company realized that this ML algorithm was not rating candidates for technical positions in a gender-neutral way, although gender was not a variable directly inputted in the system. Amazon's algorithmic models were trained to rate applicants on the basis of resumes submitted to the company over a 10-year period. Since most of them came from men, the system taught itself that male candidates were to prefer. First, it penalised applications containing the word 'women's', as in cases where this was just reported to 'women's chess club captain'. Second, it did the same with reference to applicants that attended all women's colleges. Third, it favoured candidates who described themselves using verbs that were more often used by male applicants[65].

It is now time to understand how this case could be decided before an Italian employment court, simulating a claim brought by a female applicant asserting that she was discriminated because of her sex. In running this simulation, we will focus on the third example of discriminatory outcome, i.e., the algorithm

65 Dastin.

favoured candidates who described themselves using verbs that were more often used by male applicants, that would constitute an example of indirect proxy discrimination based on sex[66], according to the provision which has transposed in Italy the relevant EU definition of indirect discrimination. In addition, since Amazon collected personal data from the applicants to vet their resumes, we will also assume that the company has just formally complied with the organizational requirements provided by the GDPR[67] and, prior to carry out the selection through its automated hiring tool, has provided all the applicants, only formally in compliance with Article 13 GDPR, with very general information about the decision-making process, just informing them that an algorithm, fed by data contained in the resumes, would have been used in vetting the applicants[68]. No further information has been provided to them. We will also assume that the claimant decided to apply for the vacancy with other three girlfriends and that all of them were rejected by the algorithm. This is the reason why, after reading on the internet that algorithms can be biased, she started having a suspicion

66 Under EU law, the distinction between direct and indirect discrimination in the context of algorithmic decision-making may be categorized as follows: a) direct discrimination, which occurs when a certain decision is directly related to a protected characteristic: e.g., the algorithmic decision-making system downgrades all the applications filed by female applicants because being a woman is directly inputted as a negative variable in the model or because they contain a proxy, that is exclusively connected to being a woman; or b) indirect discrimination, which occurs when an apparently neutral provision, criterion or practice would put a person of one protected group at particular disadvantage, unless this can be objectively justified: e.g., the algorithmic decision-making system downgrades all the applications, irrespective of whether they have been filed by male or female applicants, because they contain a proxy, that is statistically, but not exclusively, correlated to being a woman. This distinction is substantially in line with the one made by Hacker, 1151-1154; Kelly-Lyth, 7-8; Xenidis - Senden, 18-23; Gerards - Xenidis, 63-64 and 67-73. While the first proxy may be deemed as direct discrimination, the second (most probably) and above all the third one (for sure) used by Amazon's algorithm can be considered as examples of indirect discrimination.

67 More specifically, we will assume that Amazon has carried out a data protection impact assessment (Article 35 GDPR) on its hiring tool, but without specifically identifying the risk of discrimination. In addition, we will assume that Amazon employs more than 250 persons, and has thus maintained a record of processing activities (Article 30 GDPR) related to the hiring tool, including the number of male and female applicants that participated to the specific selection process in which the claimant has been involved.

68 Note that, in this case, Amazon's decision would fall within the scope of Article 22 GDPR. This should have two consequences. First, Amazon's device would be probably unlawful for the same reasons highlighted below at footnote 48: more generally on this point, Kelly-Lyth, 18-19. Second, Amazon would have been in breach of Article 13 GDPR, because it would have provided the applicants with 'meaningful information about the logic involved, as well as the significance and the envisaged consequences of such processing for the data subject', because they were subject to an automated decision-making tool pursuant to Article 22 GDPR.

that Amazon could have implemented a discriminatory hiring system. These facts are not easy to materialize in the real world, but assuming them would be useful for the purposes of this simulation, i.e., showing how certain rules may help employees to uncover algorithmic discriminations. Therefore, she brought a claim against the company, arguing that she was discriminated because of her sex, but without complaining about possible violations of the GDPR.

As it has already been seen in analysing the first case study, the claimant employee, at the outset of the case, has to allege the facts on which she establishes her claim and to offer the evidence on which she wants to rely on support of his factual allegations[69]. Nevertheless, in a discrimination claim, there is a specific provision, which has transposed in Italy the applicable EU directive, holding that, when the claimant employee establishes facts from which it may be presumed that there has been an indirect discrimination, then it is for the respondent to prove that this was not the case, or that the differential treatment could be objectively justified[70]. This mechanism can be read as a partial switch of the burden of proof. This means that, if the claimant manages to offer prima facie evidence of the alleged discrimination, then the risk of losing the case shifts to Amazon, unless the company can prove that the discrimination did not occur or that there was an objective justification for the unequal treatment. Since Amazon's algorithmic device actually discriminated female applicants and there was no objective justification whatsoever, it is possible to conclude that the court could rule in favour of the claimant, but only if she manages to offer prima facie evidence of discrimination that would require, at minimum, that there is a statistical disparity between the impact of the algorithmic decision on the protected group, on the one hand, and on a comparable group, on the other[71], e.g., the outcome of the selection process statistically penalised women over men. The issue here is that this information would be almost impossible to obtain for the claimant.

Nevertheless, since the entry into force of the GDPR, workers have been equipped with another regulatory tool that may help them in collecting infor-

69 See footnote 50.

70 Article 40 of the Legislative Decree no. 158 of 2006, which has transposed Article 19 Directive 2006/54/EC of the European Parliament and of the Council of 5 July 2006 on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation (recast).

71 Hacker, 1169.

mation to be used as evidence in court. Article 15 GDPR allows the claimant to exercise a right to access against Amazon, that would have the duty to provide her 'meaningful information about the logic involved' in the automated decision taken by the algorithm, as well as on the consequences of such processing for the applicant[72]. Since Amazon has also a duty to maintain a record of the processing activities under Article 30 GDPR, the company may easily provide the claimant with precise information on the outcome of the selection process, something that would show how women were statistically penalised by the algorithm[73]. This would be critical in helping the claimant to try to offer evidence of a prima facie discrimination, something that may switch the burden of proof to Amazon, thus potentially determining a ruling in favour of the claimant[74].

To sum up, when the burden of proof is partially shifted to the employer, this bears the risk of losing the case for the failure of demonstrating that the decision-making process behind the algorithm was not discriminatory, but only once the claimant has managed to offer prima facie evidence of discrimination. Although this may be difficult, but not impossible[75], for individual litigants, these rules may still constitute an incentive for employers to set up algorithmic devices whose underlying decision-making logic and consequences for employees are fair and can be made transparent. This is even more true when this partial shift in the burden of proof is combined with information and access rights under Article 13 and 15 GDPR, that may require employers to offer data subject sig-

72 See footnote 68.

73 See footnote 67.

74 However, although Article 15 may be theoretically useful in collecting information and evidence, it shall be noted that certain shortcoming remains, because analysing information regarding algorithmic decision-making to spot potential discrimination can be extremely time-consuming and technically challenging for individual litigants, as pointed out by Hacker, 1173-1174; Kullmann, 13; Kelly-Lyth, 23. In addition, it cannot be taken for granted that companies will voluntarily provide potential litigants with meaningful information, so that workers would need to enforce their access rights, something that would worsen the abovementioned shortcomings. Nevertheless, it shall be taken into account that, according to the ECJ in Meister, a 'refusal to grant any access to information may be one of the factors to take into account in the context of establishing facts from which it may be presumed that there has been direct or indirect discrimination', Case C415/10, Meister, para 47. Therefore, even if companies do not voluntarily comply with his duty under Article 15 GDPR, a failure to disclose may be used by a court as a factor in assessing whether the claimant managed to establish a prima facie case of discrimination.

75 See Tribunal of Bologna 31 December 2020. In this case, that will be discussed in greater details in Section 4 below, the claimants managed to offer prima facie evidence of algorithmic discrimination and won the case against the respondent company, which was unable to prove that the discrimination did not occur or that the potential differential treatment could have been objectively justified.

nificant information on the functioning of the algorithmic management device they have decided to implement. Nevertheless, there are other tools that may even more effective to provide evidence of the exact functioning of algorithmic management devices, as it will be seen analysing the third and last case study.

3. Bringing a claim based on alleged worker's classification as an employee: the invisible algorithm that guides and disciplines couriers

Flex is the program used by Amazon to deliver parcels throughout the US. Amazon uses couriers, classified as independent contractors, who have to own a personal smartphone with the app Flex installed and use their own car. After securing a working block through Flex app, each courier has to get in line behind the other cars at a fulfilment centre, check in, receive the goods to be delivered, scan and pack them into the car, and then deliver them to the client following the app's suggested route. When working blocks go unclaimed, Amazon increases couriers' pay, to incentivise drivers to accept them. Couriers may provide Amazon with their tracking data, including location, movements, speed at which they are traveling and other personally identifiable information. If they deny Amazon access to these data, this could affect the availability and functionality of the Amazon Flex app. Couriers also claim that they can be individually deactivated from using the Flex app in case of serious mistakes, and that they can grab working blocks less frequently in case of minor ones[76].

It is now time to understand how this case could be decided before an Italian employment Court, simulating a claim brought by an Amazon's courier asserting that he was an employee and not an independent contractor. In running this simulation, we will assume that the existence of disciplinary mechanisms, i.e., the fact couriers may grab less blocks or even be deactivated when they do not comply with implicit instructions given to them by Amazon, may be a crucial criterion to classify the claimant as an employee under Italian law[77]. In addition, since Amazon collected personal data from the couriers, we will also assume that the company has formally complied with the organizational requirements

76 Menegus.

77 This point is debated among Italian scholars, but the most recent decision on the topic has classified as employee a platform worker formally engaged as independent contractor by a food delivery company, holding that the existence of disciplinary mechanism is a critical sign of subordination: Tribunal of Palermo 20 November 2020. On the criteria used to classify a worker as an employee in Italy, see, in general, Ales, 351-375.

provided by the GDPR[78] and that, prior to be engaged as an independent contractor, has been informed that Amazon implemented an algorithm that, among other things, managed the assignment to working blocks though the Amazon Flex app and also tracked the courier while performing his activity[79]. No further information was provided to the couriers. We will also assume that, after completing certain deliveries after the expected time, the claimant started being assigned with less working blocks. Later in time, he did not complete a specific delivery because he was involved in a car accident and, starting from that day, he was deactivated, with no possibility of challenging this decision. We will also assume that the claimant knows that other colleagues, in similar situations, ended up being deactivated from the Flex app.

Under Italian law, there are no exceptional rules that, in classification claims, modifies the customary rule on burden of proof. Therefore, at the outset of the case, the claimant courier has to allege all the facts on which he establishes his claim and has to offer the evidence on which he wants to rely on support of his factual allegations[80]. The issue here is that, before bringing his claim, he has only the suspect that Amazon's algorithm uses disciplinary mechanisms against couriers, but he does not have any evidence that may confirm this alleged fact. If he fails to offer evidence when he initiates his claim against Amazon, he will lose the case because of the rules on the burden of proof. Nevertheless, there are certain tools that may help him in gathering evidence that may be useful to effectively plead his case.

Before initiating the claim, the courier may try to enforce his right of access under Article 15 GDPR with a view to gather evidence that may substantiate his suspect. First, the courier may exercise this right to request Amazon to provide him the number and duration of each block worked by the courier. This information would be useful to prove that, starting from a certain moment, the courier was assigned with less working blocks and was finally deactivated from the Flex app. In addition, the courier may request Amazon to inform him

78 More specifically, we will assume that Amazon has carried out a data protection impact assessment (Article 35 GDPR) on the algorithm behind its Flex app. In addition, we will assume that Amazon employs more than 250 persons, and has thus maintained a record of processing activities (Article 30 GDPR), including the number and duration of the working blocks that each courier accepts.

79 There is no specific information to assess whether this algorithm would fall within the scope of Article 22 GDPR. If this is the case, there would be the same consequences highlighted at footnote 68.

80 Ales, 370.

on the existence of any data processing activity that led to the deactivation of his account from the Flex app and, if this exists, on the reasons that led to the deactivation. This information would be even more useful for the courier, because he could be provided with evidence on the existence of mechanisms used by Amazon's algorithm to discipline a courier that did not diligently complied with the soft instructions given to him. For the purposes of this simulation, we will assume that Amazon fulfilled the first request filed by the courier, confirming that, starting from a certain moment, the courier was assigned with less working blocks and was finally deactivated from the Flex app. Nevertheless, the company provided the courier only general information regarding the second request, confirming the existence of a data processing activity with regard to the decision of deactivating his account, without any information on the reasons that led to this decision[81].

The courier has then gained enough information to try to plead the facts of his claim against Amazon. However, this would not be sufficient to win the case, because, due to opacity issues, he still lacks specific information, and above all evidence, on the existence of any mechanisms, hidden behind Amazon's algorithm, potentially used to discipline its couriers. Therefore, the claimant decides to plead these facts also in absence of any pre-established evidence, indicating in his initial claim that he will try to prove them asking the court to call as witnesses two categories of individuals: first, his colleagues who were deactivated by Amazon; second, those Amazon's employees who developed the Flex algorithm or, in any case, those who directly supervised its operations in managing the couriers. His colleagues' witness statements could not constitute evidence of the alleged facts, because they have not direct knowledge, but a mere suspect, of the existence of any disciplinary mechanisms. However, these may be useful to further substantiate his claim and convince the court to call as witnesses Amazon's employees, who would indeed have direct knowledge of the functioning of the Flex's algorithm that, otherwise, would have inexorably remained hidden behind technical or legal secrets[82].

81 This is exactly what happened in Tribunal of Palermo 20 November 2020, where the claimant platform worker, before the trial, exercised his right of access under Article 15 GDPR and the company provided only general information on the reasons that led to the deactivation of his account.

82 It shall be noted that, according to Italian case-law, the witness testimony rendered by Amazon's employees would not constitute a violation of neither their duty of loyalty nor the regulation on trade secrets, because, within certain limits, the right of defence of the claimant worker may pre-

Lastly, another technical tool would be even more effective than witness evidence to have direct and full knowledge, within the trial, of the substantive truth hidden behind the algorithm. A court can in fact order an expert to inspect the Amazon's algorithm and provide a witness expert opinion regarding its functionalities. Although experts are normally called to give their opinions on facts and evidence that have been already introduced within the trial by the parties, Italian case-law has admitted that they can be used as auxiliaries of the court in discovering secondary facts connected to the primary facts alleged by one of the parties, through the inspection of scenes or other things, when the court deems this necessary to ascertain facts of technical nature that cannot be otherwise discovered by the party bearing the burden of proof[83]. Discovering evidence on the functioning of an opaque algorithmic management device through its inspection by an expert witness seems to perfectly fits the above definition, also considering that the introduction of these tools has augmented the already existent information asymmetries between workers and entrepreneurs. First, the expert can directly discover how a certain decision has been taken, through reverse engineering practises. Second, when revealing the substantive truth behind the algorithm is technically not feasible, the expert can in any case provide the court with general information on the functioning of the algorithm, designing an alternative model to produce a comparable outcome to a certain decision, or offering a counterfactual explanation on how a certain decision may have been taken by an algorithmic management device.

In this respect, it shall also be considered that, under Italian law, employment judges have been granted with broad powers to gather evidence within the trial[84]. When the substantive truth of the case remains hidden behind the algorithm, they may thus supplement the evidence offered by the claimant with a view to understand if and how his working relationship has been managed by an opaque algorithmic device. Therefore, even if the claimant courier did not indicate in his initial pleading the witness testimony of Amazon's employees or

vail over the confidentiality needs of the company, also considering that, under Italian procedural laws, it is the Judge (and not the parties) who examines the witnesses and, in conducting the witness examination, shall balance the defence needs of the worker with the confidentiality needs of the company: see, among many, Italian Corte di Cassazione 8 August 2016, no. 16629.

83 Italian Corte di Cassazione 26 February 2013, no. 4792 and, more recently, Italian Corte di Cassazione 8 February 2019, no. 3717. Among scholars, Dittrich, 120-123 and P. Comoglio, 139-141.

84 Ales, 370.

the expert's inspection of the algorithm as specific means of evidence to rely on, it can be argued that an Italian employment judge could have issued ex officio these measures, in order to reveal within the trial whether Amazon actually exercised disciplinary powers on his couriers through his opaque algorithmic management device[85]. If this were the case, the courier would have thus won the case, and the court would have consequently classified him as an employee.

To sum up, when the burden of proof lies on the claimant worker, he entirely bears the risk of losing the case for the failure of demonstrating the decision-making process behind the algorithm. Nevertheless, there are certain rules that can help them in reducing the risk of losing the case due to algorithmic lack of transparency. First, information and even more access rights under Article 13 and 15 GDPR may constitute an effective tool to obtain, before the trial, significant information on the functioning of opaque algorithmic management devices that entrepreneurs have decided to implement. Second, granting employment judges with broad powers to gather evidence ex officio may contribute to reveal within the trial the substantive truth hidden behind the algorithm. These regulatory tools would thus help workers to obtain those means of evidence that are necessary to satisfy their burden of proof in classification claims, thus practically shifting part of the risk of losing the case on the defendant employer.

4. CONFIRMING THE PRELIMINARY COMPARATIVE ASSUMPTIONS: TRACKING DOWN REGULATIVE ANTIBODIES AGAINST ALGORITHMIC OPACITY IN THE EU LEGAL SYSTEMS AND BEYOND

As already anticipated in Section 2, these techniques have been widely experimented in the EU and beyond, and may be effectively used, both before and within a claim, to foster algorithmic transparency and consequently avoid potential abuses of managerial prerogatives. In other words, many jurisdictions already have more or less strong regulatory antibodies to face the challenges deriving from the rise of algorithmic bosses.

Before a claim has been brought, information and access rights can be critical for employees to collect information that may be used in pleading the facts and presenting the evidence to a court, above all in those EU continental systems that lack pre-trial discovery procedures and generally ban phishing expeditions

85 ILO (National Reports of European Labour Court Judges), 106.

once the trial has begun[86]. Information and access rights under Articles 13 and 15 GDPR are the most important ones, also because they are uniform in all the EU legal systems. These provisions have a far-reaching scope, because they can be triggered by an individual each time an entrepreneur uses algorithmic management devices that are fed with that individual's data. Another advantage is that these rights can be effectively enforced in the EU, because Articles 77 and 79 GDPR allow data subjects to lodge complaints both before supervisory authorities and courts in case of non-compliance with the GDPR. The importance of these rights when dealing with algorithmic management devices has already been tested in Italy and in the Netherlands in relation to certain cases involving platform workers.

In a case decided by the Tribunal of Palermo[87], a platform worker brought a claim against the food-delivery company Glovo to be classified as an employee instead of as an independent contractor, after his account was deactivated by the platform. With a view to gather evidence that may have been useful in pleading the fats and presenting the evidence, the platform worker decided, before bringing the claim, to exercise his right of access under Article 15 GDPR, requesting Glovo to provide him information regarding the number and duration of each session that he worked for the platform as well as the existence of any data processing activity that led to the deactivation of his account from the Glovo app and, if this existed, on the reasons that led to the deactivation. Glovo fully complied with the first request, providing the claimant precious evidence to demonstrate that Glovo de facto terminated him. However, it only formally complied with the second request, and it did not give the rider any valuable information regarding the reasons that led to his deactivation.

Nevertheless, the rider could have tried to judicially enforce his right to access in order to gather even more useful evidence to present it in his classification claim, as it has recently happened in the Netherlands[88]. In three recent

86 More generally, Trocker - Varano, 255-258 observes that those provisions that, in civil-law countries, establishes information rights that can be enforced judicially in the context of specific legal relationships can be considered, from a comparative point of view, as functionally equivalent to pre-trial discovery procedures typical of common-law countries.

87 Tribunal of Palermo 20 November 2020.

88 Amsterdam District Court 11 March 2021, cases C/13/687315/HARK20-207, C/13/689705/HARK/20-258, and C/13/692003/HARK20-302. The English translation of these cases is available at https://ekker.legal/2021/03/13/dutch-court-rules-on-data-transparency-for-uber-and-ola-drivers/

cases decided by the Amsterdam District Court, certain drivers engaged by two different platform companies, Uber and Ola, judicially enforced their access requests made under Article 15 GDPR. While not all the requests made by these drivers were granted, the Amsterdam District Court ordered Uber to provide access to the personal data used as basis for the decision to deactivate certain drivers' account and to the ones used to establish their individual ranking. Most importantly, after having recognized that Ola implemented an automated systems of discounts and fines, the Amsterdam District Court ordered the company to communicate the main assessment criteria and their role in taking automated decisions regarding the workers, so that they could be able to understand the criteria on the basis of which the decisions were taken, and check the correctness and lawfulness of the data processing.

The Glovo rider could have also tried to lodge a complaint before a national data protection authority to obtain compliance with their access request made under Article 15 GDPR. This strategy would have probably been successful looking at a recent decision where the Italian data protection authority, after an investigation in the form of a data protection audit, acknowledged that Glovo was not providing to its riders all the information required under Article 13 GDPR and ordered the company to comply with this provision with regard to future communications to its riders[89]. The Italian authority found that Glovo collected and processes high amounts of riders' data of the riders, who were subject to automated decisions to organize their working shifts and carry out performance management activities. Basically, Glovo implemented a system that used certain criteria, including clients' evaluations and reliability of each rider, to prepare a ranking among them, thus rewarding with more rides the best performers and punishing the worst ones with less opportunities to grab working slots in the future. Nevertheless, Glovo was silent with its riders on the existence of these automated decision-making mechanisms and did not provide them with any information in this respect pursuant to Article 13 GDPR. Therefore, the authority ordered Glovo to provide to the riders all the information regarding the processing of their data, including the ones regarding the existence of an automated decision-making systems used to assign working shifts to each rider and manage their performance, including meaningful information on the logic used by the algorithm and envisaged consequences of the processing of their data for the riders.

89 Italian Data Protection Authority, 10 June 2021, no. 234.

The cases discussed above shows how these rights can be enforced, both before courts and data protection authorities, to collect information and gather evidence that, reducing the information asymmetries between the parties, may be then used by workers to litigate opaque algorithms more effectively.

However, Articles 13 and 15 GDPR are not the only tools that may be used by workers to gather information to be later used in court as evidence. Similar rights may also be negotiated by trade unions to include them in collective bargaining agreements, with a view to enlarge the scope of the information that shall be provided to trade unions and workers by employers when processing their personal data[90]. This is even expressly envisaged by Article 88 GDPR, when allows collective bargaining agreements to 'provide for more specific rules to ensure the protection of the rights and freedoms in respect of employees' personal data in the employment context', which 'shall include suitable and specific measures safeguard the data subject's human dignity, legitimate interests and fundamental rights, with particular regard to the transparency of processing'. In addition, it shall be noted certain Member States already provide that trade unions have to be informed and consulted before installing monitoring tools in the workplace[91]. These rights may be then enforced by trade unions not only judicially, but also through strikes and social unrest, thus better guaranteeing their effectiveness.

When a trial has already started, other rules can incentivize algorithmic transparency. The first set of these rules are the ones that facilitate the possibility for workers to directly offer evidence that can reveal the substantive truth hidden behind the algorithm. Certain evidence may be directly useful to do so: calling witnesses who directly know the functioning of the algorithm and, above all, appointing expert witnesses to inspect the algorithm and then provide a technical opinion describing its functioning. In civil-law systems, rules granting employment judges with broad powers of obtaining evidence may be critical in this respect, because judges may possibly supplement the evidence offered by the worker at the outset of the case, above all when this need emerges from the allegations of the counterparty or from other indicia revealed within the trial in other ways, for example by witnesses called to testify. Although civil-law systems have been characterised by the principle that no party has to help his opponent,

90 De Stefano, 45.

91 Aloisi - Gramano, 109-119 and Dagnino - Armaroli, 173-195.

we have already seen in Section 2 that this has been partially watered down, when reforms have been introduced to allow judges to issue ex officio measures in order to help one party against his counterparty[92]. This may facilitate the quest for the substantive truth hidden behind the algorithm when dealing with algorithmic management devices.

The second set of these rules are the ones that entirely or partially shift the burden of proof to the employer and the ones the introduce presumptions in favour of the employee, which, as it has been seen in the above case-law analysis, foster transparency only indirectly, because an employer will lose the case if he is not able to show how an algorithmic management device has taken a certain decision. These regulatory techniques are widespread in several sub-domains of many national employment legal systems, both in the EU and beyond. For example, in termination claims, most Member States specifically provides that the burden of proving the existence of a valid reason for the dismissal shall be on the employer[93]. This rule is pretty common also in non-EU countries[94] and it has been adopted by the most important international legal instrument on this topic, i.e., ILO Termination of Employment Convention, 1982 (No. 158)[95]. The same is true in case of discrimination, where EU Directives, harmonizing the legal landscape in all the Member States, provide that the burden of proof is partially switched to the employer[96]. Similar techniques are also present in many non-EU legal systems, that have often introduced rules to ease the employee's burden of proving that a discrimination occurred[97]. In classification claims, some EU Member States provide general or specific presumptions of existence of an employment relationship[98], a legal technique that has also been recently used by the EU legislator when enacting the EU Directive on transparent and

92 Varano, 9-10 and Trocker - Varano, 255-258.

93 Heerma van Voss - Waas - ter Haar, 104-109.

94 See, for example: Australia, Estreicher - Hirsch, 357-358; Brazil, Estreicher - Hirsch, 366; Canada, Estreicher - Hirsch, 373; Israel, ILO (National Reports of European Labour Court Judges), 98-99; Mexico, Estreicher - Hirsch, 432; the UK, Estreicher - Hirsch, 435-436.

95 Article 9(2)(a) of ILO Termination of Employment Convention, 1982 (No. 158).

96 Craig - de Búrca, 989-991.

97 See, for example, the UK, Kelly-Lyth, 8 and the US, Estreicher - Hirsch, 349.

98 Waas, lvi-lxi.

predictable working conditions[99]. Similar provisions, whose introduction has been recommended by the ILO[100], also exist in non-EU countries[101].

The importance of this second set of rules, and more specifically the ones that partially switch the burden of proof to the employer, has been already tested in a discrimination claim brought in Italy by trade unions against the food-delivery company Deliveroo[102]. The claimants, on the basis of certain information made public by the company on its website or reported in the individual contracts entered into with the riders, asserted that Deliveroo's algorithm was discriminatory for trade union reasons, because it allegedly penalized workers that, after having booked a shift, decided to not work during that shift to go on strike. The witnesses called by the Judge only partially confirmed the existence of such a mechanism, as alleged by the claimants at the outset of the case. Nevertheless, even in absence of any evidence that shed full light on the functioning of Deliveroo's algorithm within the trial, the Tribunal of Bologna found that it was discriminatory. The claimants, mainly through documents and witness testimonies, managed to prove facts from which it was possible to presume that Deliveroo's algorithm was indirectly discriminatory against those workers that would have wanted to go on strike instead of working during the pre-booked shift. Nevertheless, once the burden of proof switched to Deliveroo, the company was unable to prove that this mechanism was not discriminatory or that the potential differential treatment could have been objectively justified. As a result, although the concrete functioning of the algorithm was not actually revealed within the trial, Deliveroo lost the case against the claimant trade unions.

Other important provisions that switch the burden of proof to the employer are contained in the GDPR[103] and they can be enforced when the employer is processing employees' data. When dealing with algorithmic management devices, these rules are even more significant than the previous ones. While the provisions listed above switching the customary burden of proof are characterised by domain specificity and can be enforced only in certain types of employment claims, the ones in the GDPR have a far-reaching scope, as they can be

99 Article 11(b) of Directive (EU) 2019/1152 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on transparent and predictable working conditions in the European Union.

100 Article 11(b) of ILO R198 - Employment Relationship Recommendation, 2006 (No. 198).

101 See, for example, Turkey and Russia, Waas, lvi-lxi.

102 Tribunal of Bologna 31 December 2020.

103 Articles 5(2) and 24 GDPR.

triggered each time an algorithmic management device using employees' data is implemented in the workplace. Therefore, switching to employers the burden of proof regarding algorithmic compliance with data protection laws may force them to make algorithms transparent before and within a trial, thus uncovering potential violations of not only privacy laws, but also employment ones.

5. ENFORCING EPISTEMIC AND ANTI-EPISTEMIC REGULATORY ANTIBODIES TO FOSTER ALGORITHMIC TRANSPARENCY AND LIMIT ABUSES OF EMPLOYERS' MANAGERIAL PREROGATIVES

The analysis carried out in this article has demonstrated how the rules entirely or partially shifting the burden of proof to the employers or setting presumptions in favour of an employee, the ones granting workers information and access rights, as well as those attributing judges broad power to obtain evidence, are instrumental to show if, how and why an employer has taken a managerial decision regarding its workforce through algorithms. Once the truth behind the algorithm has been revealed, then the worker would be able to assess whether those employment laws generally devoted to limit managerial prerogatives[104] have been actually violated by their employer that decided to use algorithmic management devices. Promoting transparency would be thus strictly instrumental to uncover breaches of employment protective legislation, thus reducing the risk of augmentation of managerial prerogatives.

Nevertheless, it has to be pointed out that, although all these rules are all means to achieve the goal of enhancing algorithmic transparency, they operate through opposite mechanisms if they are assessed as means to achieve the goal of finding the 'substantive truth'[105] within a trial.

On the one hand, the rules on burden of proof are characterized by an anti-epistemic function, because they admit that, when the party having the burden of proof fails to prove certain facts, then 'the facts alleged will be taken to be "not proven", even though the facts alleged may be in fact true', so that there may be a 'divergence between formal legal truth and substantive truth'[106]. The same can be said for those rules that set presumptions, i.e., those legal mechanisms that deem one fact to be true within a trial, even in absence of

104 De Stefano, 31-35.
105 Summers, 497-501.
106 Summers, 506.

specific and direct evidence of that fact, that may be actually false in the real world[107]. Nevertheless, the party that has the burden of proof or against who a presumption is put forward is incentivised to prove it within the trial if he does not want to lose the case. Therefore, those rules switching the burden of proof to the employer and those ones easing the employee's burden of proof thanks to a presumption implicitly foster algorithmic transparency, because constitute strong incentives to set up only those algorithmic devices whose underlying decision-making logic and consequences for employees can be made transparent within a trial. Being aware of the risk of losing the case when unable to prove in court how an algorithmic management device has taken a specific decision, a rational employer would never use unexplainable or incomprehensible algorithms to manage his workforce, in order to avoid bearing additional legal, managerial, and reputational costs. As a result, switching the burden of proof to the employer or setting a presumption in favour of an employee constitute legal tools disincentivising entrepreneurs from using opaque algorithms even without the need of opening the black box, because they allocate on the employer the risk of technical unexplainability or incomprehensibility of the decisions taken by an algorithm.

On the other, information and access rights, as well as the ones granting employment judges with broad powers to gather evidence ex officio, are characterized by an epistemic function, because they are means that are directly aimed at pursuing the search for the substantive truth[108]. These rules also foster algorithmic transparency, both before and within a trial. Information and access rights can be enforced by workers and powers to gather evidence can be exercised ex officio by judges, thus reducing or even resetting the information asymmetries created by the use of algorithmic management devices, and giving the chance to an employee to effectively prove in a trial the facts at the basis of his claim. Therefore, a rational employer would be perfectly conscious that he would not be able to effectively defend himself in trial if he tries to hide violations of employment laws behind algorithmic opacities, which would hinder workers to be aware of or prove facts that they cannot know or cannot demonstrate because they are far from the source of the evidence. As a result, a rational employer, in order to avoid additional costs, would be incentivized to implement only those algorithmic devices that can be made transparent and whose functioning

107 Douglas, 85 ff.

108 With exclusive reference to powers to obtain evidence ex officio, Taruffo, 178-1789.

is not biased or even discriminatory. In other words, these legal techniques may constitute the picklock to open the black boxes of algorithmic management devices that would otherwise remain indecipherable to workers: obviously, with the exception of those ones that would remain technically impenetrable to human minds.

In conclusion, this analysis has shown as, notwithstanding their apparently conflicting functions, the described epistemic and anti-epistemic rules constitute effective regulatory antibodies against the issues created by the use of algorithmic management devices in the workplace. Legal systems in the EU and beyond already know how to foster transparency, and this would be instrumental to uncover violations of employment laws, thus limiting abuses of employers' managerial prerogatives. Therefore, a rethinking of employment laws as they are today does not really seem needed. Nevertheless, if they need a fitness check in light of the always more massive use of algorithmic management devices, recurring more often to the regulatory antibodies described in this article can constitute an effective policy recommendation to better face the challenges posed by the algorithmic revolution.

REFERENCES

Adams-Prassl J., "What if Your Boss was an Algorithm? Economic Incentives, Legal Challenges, and the Rise of Artificial Intelligence at Work", Comparative Labor Law & Policy Journal, 2019, Vol. 41, No. 1

Ales E., "The Concept of 'Employee': The Position in Italy", in (eds) B. Waas - G. Heerma van Voss, Restatement of Labour Law in Europe. Volume I. The Concept of Employee, Hart Publishing, 2017, 351-375

Aloisi A. - De Stefano V., Il tuo capo è un algoritmo, Laterza, 2020

Aloisi A. - Gramano E., "Artificial Intelligence is Watching You at Work: Digital Surveillance, Employee Monitoring, and Regulatory Issues in the EU Context", Comparative Labor Law & Policy Journal, 2019, Vol. 41, No. 1

Menegus B., "Amazon's Last Mile", Gizmodo, 16 November 2017, available at https://gizmodo.com/amazons-last-mile-1820451224

Barbieri M., "L'utilizzabilità delle informazioni raccolte: il Grande Fratello può attendere (forse)", in P. Tullini, Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore, Giappichelli, 2017, 183 ss.

Burrell J., "How the machine 'thinks': Understanding opacity in machine learning algorithms", Big Data & Society, 2016, 1

Cherry M.A., "People Analytics and Invisible Labor", Saint Louis University School of Law, 2016, Vol. 61, No. 1, 1-16

Comoglio L.P., "I poteri d'ufficio del giudice del lavoro", Problemi attuali sul processo del lavoro, Giuffrè, 2006

Comoglio P., Nuove tecnologie e disponibilità della prova, Giappichelli, 2018

Craig P. - de Búrca G., EU Law. Text, Cases, and Materials, 7th ed., OUP, 2020

Dagnino E., "People Analytics: lavoro e tutele al tempo del management tramite big data", Labour & Law Issues, 2017, Vol. 3, No. 1, 3-31.

Dastin J., "Amazon scraps secret AI recruiting tool that showed bias against women", Reuters, 11 October 2018, available at https://www.reuters.com/article/us-amazon-com-jobs-automation-insight-idUSKCN1MK08G

De Stefano V., ""Negotiating the Algorithm": Automation, Artificial Intelligence, and Labor Protection", Comparative Labor Law & Policy Journal, 2019, Vol. 41, No. 1

de Terwangne C., "Comment to Article 5 Principles relating to processing of personal data", in Christopher Kuner, Lee A. Bygrave, Christopher Docksey, and Laura Drechsler (eds), The EU General Data Protection Regulation (GDPR): A Commentary, OUP, 2020, 309 ss.

Dittrich L., "La ricerca della verità nel processo civile: profili evolutivi in tema di prova testimoniale, consulenza tecnica e fatto notorio", Rivista di Diritto Processuale, 2011, 1

Docksey C., "Comment to Article 24 Responsibility of the controller", in Christopher Kuner, Lee A. Bygrave, Christopher Docksey, and Laura Drechsler (eds), The EU General Data Protection Regulation (GDPR): A Commentary, OUP, 2020, 555 ss.

Drożdż A., Protection of Natural Persons with Regard to Automated Individual Decision-Making in the GDPR, Kluwer Law International, 2020

Duggan J. - Sherman U. - Carbery R. - McDonnell A., "Algorithmic management and app-work in the gig economy: A research agenda for employment relations and HRM", Human Resource Management Journal, Vol. 30, Issue 1, 114-132

Dzieza J., "How hard will the robots make us work?", The Verge, 27 February 2020, available at https://www.theverge.com/2020/2/27/21155254/automation-robots-unemployment-jobs-vs-human-google-amazon

Estreicher S. - Hirsch J.M., "Comparative Wrongful Dismissal Law: Reassessing American Exceptionalism", North Carolina Law Review, Vol. 92, No. 2, 343-480

Freedland M. - Kountouris N., The Legal Construction of Personal Work Relations, OUP, 2011

Gamba C., "Il controllo a distanza delle attività dei lavoratori e l'utilizzabilità delle prove", LLI, 2016, 2, 1

Geeroms S., Foreign Law in Civil Litigation. A Comparative and Functional Analysis, OUP, 2004

Gerards J. - Xenidis R., Algorithmic discrimination in Europe: Challenges and opportunities for gender equality and non-discrimination law, EU Commission, 2020, available at https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/082f1dbc-821d-11eb-9ac9-01aa75ed71a1

Grossi S. - Pagni M.C., Commentary on the Italian Code of Civil Procedure, OUP, 2010

Hacker P., "Teaching fairness to artificial intelligence: existing and novel strategies against algorithmic discrimination under EU law", Common Market Law Review, 2018, Vol. 55, Issue 4, 1143-1185

Heerma van Voss, G., Waas, B., & ter Haar, B., Dismissal - particularly for business reasons - and Employment Protection, Thematic report - European Labour Law Network, 2011 available at http://www.labourlawnetwork.eu/reports/publications/prm/73/0/index.html

Hendrickx F., "From Digits to Robots: The Privacy Autonomy Nexus in New Labor Law Machinery", Comparative Labor Law & Policy Journal, 2019, Vol. 40, Issue 3

ILO (National Reports of European Labour Court Judges), Evidence in Labour Court Proceedings, XXVI Meeting Of European Labour Court Judges 25-26 September 2018, Madrid (Spain), available at https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---dialogue/documents/meetingdocument/wcms_719949.pdf

Ingrao A., Il controllo a distanza sui lavoratori e la nuova disciplina privacy: una lettura integrata, Cacucci, 2018

Jarrahi M.H. - Sutherland W., "Algorithmic Management and Algorithmic Competencies: Understanding and Appropriating Algorithms in Gig Work", in N. Taylor - C. Christian-Lamb - M. Martin - B. Nardi, Information in Contemporary Society. iConference 2019. Lecture Notes in Computer Science, vol. 11420, Springer, 2019

Kellogg K.C. - Valentine M.A. - Christin A., "Algorithms at work: the new contested terrain of control", Academy of Management Annals, 2020, Vol. 14, No. 1, 366-410

Kelly-Lyth A., "Challenging Biased Hiring Algorithm", Oxford Journal of Legal Studies, 2021, 00, 0, 1-30

Lecher C., "How Amazon automatically tracks and fires warehouse workers for 'productivity'", The Verge, 25 April 2019, available at https://www.theverge.com/2019/4/25/18516004/amazon-warehouse-fulfillment-centers-productivity-firing-terminations

Lee M.K. - Kusbit D. - Metsky E. - Dabbish L., "Working with Machines: The Impact of Algorithmic and Data-Driven Management on Human Workers", in Proceedings of CHI 2015, 2015

Kullmann M., "Discriminating job applicants through algorithmic decision-making", SSRN, 2019

Mateescu A. - Nguyen A., "Algorithmic Management in the Worklplace", Data & Society Research Institute, 2019, available at https://datasociety.net/wp-content/uploads/2019/02/DS_Algorithmic_Management_Explainer.pdf

O'Connor S., "When your boss is an algorithm", Financial Times, 8 September 2016, available at https://www.ft.com/content/88fdc58e-754f-11e6-b60a-de4532d5ea35

Otto M., "Workforce Analytics v Fundamental Rights Protection in the EU in the Age of Big Data", Comparative Labor Law & Policy Journal, 2019, Vol. 40, Issue 3, 389-404

Pasquale F., "The Black Box Society. The Secret Algorithms That Controls Money and Information", Harvard University Press, 2016

Summers R.S., "Formal Legal Truth and Substantive Legal Truth in Judicial Fact-Finding – Their Justified Divergence in Some Particular Cases", Cornell Law Faculty Publications, 1999, Paper 1186

Research Group on the Regulation of the Digital Economy, "Technical Aspects of Artificial Intelligence: An Understanding from an Intellectual Property Law Perspective", Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper, n. 13/2019

Rosenblat A. - Stark L., "Algorithmic Labor and Information Asymmetries: A Case Study of Uber's Drivers", International Journal of Communication, 2016, Vol. 10

Sartori A., Il controllo tecnologico sui lavoratori, Giappichelli, 2020

Silberg J. - Manyika J., "Tackling bias in artificial intelligence (and in humans)", McKinsey Global Institute, 6 June 2019, available at https://www.mckinsey.com/featured-insights/artificial-intelligence/tackling-bias-in-artificial-intelligence-and-in-humans

Taruffo M., La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti, Laterza, 2009

Trocker N. - Varano V., "Concluding Remarks", in N. Trocker - V. Varano, The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective, Giappichelli, 2005

Tullini P., "Il controllo a distanza attraverso gli strumenti per rendere la prestazione lavorativa. Tecnologie di controllo e tecnologie di lavoro: una distinzione possibile?", in P. Tullini, Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore, Giappichelli, 2017

Vallebona A., L'onere della prova nel diritto del lavoro, Cedam, 1988

Varano V., "The Civil Law System", in O.G. Chase - H. Hershkoff - L.J. Silberman - J. Sorabji - R. Stürner - Y. Taniguchi - V. Varano, Civil Litigation in Comparative Context, 2nd edition, West Academic Publishing, 2017, 5-18

Voigt P. - von dem Bussche A., "The EU General Data Protection Regulation (GDPR). A Practical Guide", Springer, 2017

Waas B., "Comparative Overview", in (eds) B. Waas - G. Heerma van Voss, Restatement of Labour Law in Europe. Volume I. The Concept of Employee, Hart Publishing, 2017, xxvii-lxvii

Wachter S. - Mittelstadt B. - Russell C., "Counterfactual Explanations Without Opening the Black Box: Automated Decisions and the GDPR", Harvard Journal of Law & Technology, 2018, Vol. 31, No. 2

Walton D., Burden of Proof, Presumption and Argumentation, CUP, 2014

Wood J.A., "Algorithmic management consequences for work organisation and working conditions", JRC Working Papers Series on Labour, Education and Technology, n. 2021/07, European Commission, Joint Research Centre (JRC), Seville

Xenidis R. - Senden L., "EU non-discrimination law in the era of artificial intelligence: Mapping the challenges of algorithmic discrimination", in U. Bernitz et al. (eds) General Principles of EU law and the EU Digital Order, Kluwer Law International, 2020, publicly available at SSRN

Yampolskiy R.V., "Unexplainability and Incomprehensibility of Artificial Intelligence", 2019, available at https://arxiv.org/ftp/arxiv/papers/1907/1907.03869.pdf

Zuckerman A., "Initiating a Law Suit, Defining the Issues, Gathering the Evidence", in O.G. Chase - H. Hershkoff - L.J. Silberman - J. Sorabji - R. Stürner - Y. Taniguchi - V. Varano, Civil Litigation in Comparative Context, 2nd edition, West Academic Publishing, 2017, 221-339

NUEVOS RETOS CONCEPTUALES PARA NUEVOS TIPOS DE ORGANIZACIÓN DEL TRABAJO: EL ACCIDENTE DE TRABAJO EN EL TELETRABAJO*

FRANCISCA MORENO ROMERO

Profa. Cont. Dra. (Int.) en la Facultad de Derecho de la UCM. Es doctora en Derecho por la Universidad de Barcelona y Máster en "Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social a través de la jurisprudencia" por la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid. Es codirectora del Título de la UCM "Experto en Seguridad Social" (Director: Prof. Tortuero Plaza). Integrante de varios equipos de investigación, en la actualidad, de los dirigidos por el Prof. Pérez de los Cobos Orihuel y Profa. García Piñeiro (UCM) y por los profesores Vila Tierno y Gutiérrez Bengoechea (UMA). Integrante del equipo de investigación del Prof. Tortuero Plaza (UCM) en varios proyectos.

* Este trabajo se enmarca en las investigaciones desarrolladas en el Proyecto de Investigación "El impacto de la digitalización en las Relaciones de Trabajo: retos y oportunidades" Proyecto Internacional de Investigación, Desarrollo e Innovación financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (PID 2019-104287RB), Investigadores principales: Prof. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. y Profa. GARCÍA PIÑEIRO, N.P.

ABSTRACT: The situation derived from the use, quantitatively very relevant, of distance work and, more specifically, teleworking due to the global health crisis caused by COVID-19, has caused the appearance of many unknowns regarding its scarce legal regulation. This circumstance has led the doctrine to consider the general lines of regulation of this type of work organization, aware that, in the future, the wake of the use of telework caused by the global pandemic will consolidate its greater use.

In this space for creating a legal framework appropriate to the greater use of the figure, this study aims to focus on one of its multiple edges, namely, the conceptualization and treatment of occupational accidents in teleworking, taking into account its singularities. that is, the disappearance of the traditional links that make up the work accident in face-to-face work.

KEYWORDS: Telecommunting, work accident, causal link.

I. INTRODUCCIÓN

El trabajo a distancia, en su concepción general, lleva tiempo instalado en nuestro sistema productivo, si bien su escasa utilización[1] hasta la llegada de la pandemia mundial derivada de la COVID-19 permitía su utilización a partir de una exigua regulación apoyada en las reglas procedentes de la negociación colectiva o el mutuo acuerdo.

Así es, no ha sido hasta la llegada de la emergencia sanitaria derivada de la COVID-19 y el recurso masivo, cuando era posible, a esta forma de organización del trabajo -el teletrabajo-, que se ha manifestado insuficiente la regulación vigente. Esta circunstancia se ha mostrado a nivel global, puesto que el recurso al confinamiento en el hogar, una de las medidas urgentes y agresivas promocionadas por la Organización Mundial de la Salud (OMS) en marzo de 2020, llevó a muchos trabajadores -aquellos a los que sus funciones se lo permitían- a

1 A modo de ejemplo, "dentro de la Unión Europea (UE), la incidencia del teletrabajo regular u ocasional (teletrabajo en el hogar y teletrabajo móvil combinados) variaba del 30 por ciento o más en Dinamarca, los Países Bajos y Suecia al 10 por ciento o menos en la República Checa, Grecia, Italia y Polonia. Según los estudios, hasta un 20 por ciento de la fuerza laboral de los Estados Unidos trabajaba regular u ocasionalmente desde su casa u otro lugar alternativo, un 16 por ciento en el Japón y solo un 1,6 por ciento en Argentina", "El teletrabajo durante la pandemia de COVID-19 y después de ella. Guía práctica", 2020, pág. 3. Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_758007.pdf

trabajar desde casa, a distancia[2]. En palabras de la OIT, "tanto las organizaciones que ya estaban familiarizadas con el teletrabajo como las que no enviaron a sus empleados a casa y crearon las condiciones para el experimento de teletrabajo masivo más extenso de la historia"[3].

De esta forma, y dentro de las múltiples esferas en las que se ha planteado la escasa regulación normativa que presenta esta modalidad de trabajo, este análisis pretende examinar, siquiera de forma concisa por sus características, la problemática concreta de la importante figura del accidente de trabajo.

La complejidad es múltiple y podemos entroncarla inicialmente en torno a dos grandes espacios; el primero, relativo a las singularidades de tiempo y lugar que conforman, en el ordenamiento jurídico español -pero no solo en él-, la presunción de laboralidad; el segundo, relativo a las diferencias sustanciales existentes entre los subtipos de teletrabajo, a saber, la dificultad de aplicar una presunción del tipo mencionado cuando el trabajo se fundamenta en la obtención de resultados o cumplimiento de objetivos, dejando la esfera de tiempo y lugar desdibujada y careciendo su presunción de entidad suficiente como elemento definitorio.

II. EL TRABAJO A DISTANCIA EN LA NORMA NACIONAL (ESPAÑOLA): EL REFLEJO DE LA ORDENACIÓN COMUNITARIA EUROPEA Y DE LA OIT.

El antecedente clásico en los ordenamientos laborales del trabajo a distancia se encuentra en el viejo contrato de "trabajo a domicilio", de implementación muy singularizada en actividades concretas y con escasa ordenación jurídica. Aunque, como veremos, en todos sus aspectos -denominación, ordenación, garantías, etc.- se ha producido una progresión sustancial, siguen presentes algunos de los problemas históricos, depurados por la modernidad[4].

2 Más de uno de cada cuatro trabajadores han teletrabajado durante los períodos de confinamiento establecidos, fundamentalmente, en el segundo trimestre de 2020, "Living, working and COVID-19, First findings – April 2020", Eurofound, 2020, pág. 6

3 "El teletrabajo durante la pandemia de COVID-19 y después de ella. Guía práctica"… *op. Cit.*, 2020, pág. 1.

4 La evolución ha tenido su reflejo doctrinal así, entre otros, GALLARDO MOYA, R. *El viejo y el nuevo trabajo a domicilio. De la máquina de hilar al ordenador*, Madrid. 1998; THIBAULT ARANDA, X., *El teletrabajo. Análisis jurídico-laboral*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2000; SELLAS I BENVINGUT, *El régimen jurídico del teletrabajo en España*, Aranzadi, 2001; SIERRA BENÍTEZ, E. M. *El contenido de la relación laboral en el teletrabajo*. Consejo Económico y Social de Andalucía, Sevilla, 2011; GARCÍA ROMERO, B., *El teletrabajo*, Civitas, Madrid, 2012; SEMPERE NAVARRO, A.V., y KAHALE CARRILLO, D.T., *Teletrabajo*, Lefebvre, 2013; DE

La conformación de lo que podemos denominar la modernidad legislativa en todas sus expresiones es múltiple y encuentra sus fuentes de origen en diversos ámbitos: en el espacio supranacional, internacional, nacional e, incluso, en la negociación colectiva de ámbito europeo y nacional[5]. Advirtiendo sobre espacios de ordenación singular y de "silencios" comunes.

De esta forma, en el espacio comunitario y bajo la denominación de "teletrabajo" la Confederación Europea de Sindicatos (CES), la Unión de Confederaciones de la Industria y de Empresarios de Europa (UNICE), la Unión Europea del Artesanado y de la Pequeña y Mediana Empresa (UNICE/UEAPME) y el Centro Europeo de la Empresa Pública (CEEP), firmaron en el año 2002 el Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo, suscrito por los interlocutores sociales europeos y revisado en 2009, a fin de dar más seguridad a los teletrabajadores por cuenta ajena en la UE[6].

En su espacio y ámbito, la Organización Internacional del Trabajo reguló en su Convenio n.º 177 y en la Recomendación n.º 184 el trabajo a domicilio[7]. La finalidad perseguida era la de mejorar la aplicación de los convenios y

---

LAS HERAS GARCÍA, A., *El teletrabajo en España: un análisis crítico de las normas y prácticas*, CEF, 2016; AA.VV., (MELLA MÉNDEZ, L.), *El teletrabajo en España: aspectos teórico-prácticos de interés,* Wolters Kluwer, Madrid, 2017.

5 Información sobre la legislación en Latinoamérica puede verse en OISS *Informe sobre el teletrabajo/ trabajo no presencia*l, que puede consultarse en:
https://oiss.org/wp-content/uploads/2020/07/INFORME-SOBRE-EL-TELETRABAJOTRABAJO-NO-PRESENCIAL.pdf
También, como trabajo doctrinal, en SAN JUAN, J. *Estudio comparado de la legislación sobre Teletrabajo en los países de América Latina y el Caribe.* Puede consultarse en: http://www.relats.org/documentos/SST.ALC.General.SanJuanJulio2020.pdf
CONFALONIERI, JA. "El concepto de teletrabajo y el régimen de reversibilidad. Dos de los varios aspectos cuestionables de la reciente Ley Argentina nº 27.555. Sucinta comparación con el régimen español". (RI §423150) *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 57 (2020); VALENCIA CATUNTA, A.M.C., "Aspectos regulatorios del teletrabajo en el Perú: análisis y perspectivas", *Revista IUS,* vol. 12 nº. 41, ene./jun. 2018; CULQUI FERNÁNDEZ, A. y GONZÁLEZ TORRES, A. "El Teletrabajo: una innovadora forma de organización del trabajo, una herramienta de inclusión laboral y su regulación jurídica en el Perú", *Revista Derecho&Sociedad,* nº. 46, 2016, págs. 95-109.

6 Este acuerdo es analizado por THIBAULT ARANDA, J. y JURADO SEGOVIA, A. "Algunas consideraciones en torno al Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo", *Temas Laborales* núm. Nº 72/2003. Págs. 35-68.

7 España no ha ratificado dicho Convenio, las razones para ello las explica de forma muy acertada y concisa GARCÍA PIÑEIRO, N. P. "El trabajo a distancia en el contexto internacional: OIT y Unión Europea", en *El Trabajo a distancia,* AA.VV. (Directores: PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. y THIBAULT ARANDA, J.), Wolters Kluwer, 2021. Págs. 71-98.

recomendaciones de dicha Organización a los trabajadores a domicilio y la de complementar su regulación con normas que tengan en cuenta las características propias de esta forma de trabajo.

Centrándonos ahora en el ámbito de la normativa interna española, la clásica ordenación del trabajo a domicilio inició su modernización con la reforma introducida por el Real Decreto Ley 3/2012 confirmado por la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, que modificó la ordenación del tradicional trabajo a domicilio para dar acogida al trabajo a distancia. Dicho lo cual, tal cambio de denominación de "contrato de trabajo a domicilio" (art. 13 ET.1980[8] : "Tendrá la consideración de contrato de trabajo a domicilio aquel en que la prestación de la actividad laboral se realice en el domicilio del trabajador o en el lugar libremente elegido por éste y sin vigilancia del empresario") por el de "trabajo a distancia" (art. 13 ET12[9]: "Tendrá la consideración de trabajo a distancia aquél en que la prestación de la actividad laboral se realice de manera preponderante en el domicilio del trabajador o en el lugar libremente elegido por éste, de modo alternativo a su desarrollo presencial en el centro de trabajo de la empresa") no tuvo implicaciones sustanciales en los elementos que interesan a los efectos de este análisis.

Constituye un espacio común con rasgos generalizados la afirmación de que la crisis sanitaria ha hecho que el trabajo a distancia se mostrara como el mecanismo de mayor eficiencia en cuanto al mantenimiento de la actividad de trabajo durante el período de pandemia, específicamente y con mayor relevancia durante el tiempo de confinamiento domiciliario, demostrando su eficacia tanto en términos laborales, como de herramienta básica para garantizar la prevención frente al contagio. Durante la crisis sanitaria no solo se ha reforzado la tendencia a la normalización del trabajo a distancia que ya se anticipaba con anterioridad a la misma, sino que incluso su utilización se ha llegado a configurar como preferente. No obstante, tras el entusiasmo inicial, aparecen otras realidades del trabajo en remoto. En efecto, la soledad "social" -característica de esta modalidad de trabajo- reduce la posibilidad de crear ideas nuevas junto a otros, de innovar y de retroalimentarse a la hora de realizar las tareas. La soledad puede afectar al rendimiento, la creatividad, el razonamiento y la toma de decisiones. La 'soledad'

8 Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores.

9 Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, modificado por el art. 6 del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero.

obliga a una autogestión y, especialmente, una automotivación que, en algunos casos, puede ser casi inalcanzable. Todo ello sin perjuicio de los efectos nocivos que puede presentar sobre la salud[10].

La doctrina española denunció desde el inicio que la regulación era absolutamente insuficiente, siendo la situación sanitaria la que precipitó la legislación de urgencia. Nos referimos al Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, sobre el trabajo a distancia, sustituido por la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia (BOE núm. 164, de 10 de julio de 2021). Las escasas incorporaciones introducidas por la Ley mantienen la vigencia de la crítica referida.

Nos centraremos ahora en el contenido y delimitación necesarios para nuestro análisis sobre el accidente de trabajo.

La primera delimitación tiene carácter estructural. En efecto, la ordenación contenida en la Ley mantiene el artículo 13 del ET (Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo) con su mismo título de "trabajo a distancia", pero su régimen jurídico se contiene en otra norma legal. De esta forma, el citado precepto estatutario rige exclusivamente como punto de conexión con una ordenación externa al ET.

En esta aproximación de perfiles y con la finalidad de completar el estado de la cuestión normativa, es necesario hacer referencia a la recepción del trabajo a distancia y del teletrabajo por la negociación colectiva[11], tanto antes del RDL de trabajo a distancia, como después, ya que se han comenzado a publicar los primeros convenios con aplicación de la norma referida. En este orden, debe traerse a colación el Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva 2003 que ya reflejó el Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo, así como la

10 En referencia al aislamiento organizativo como riesgo psicosocial identificado en relación con el trabajo a distancia/teletrabajo, así como las implicaciones en la salud de ese riesgo de aislamiento es de interés el análisis al respecto realizado por LAHERA SÁNCHEZ, A., TOVAR, F.J., NEGRO MACHO, A. "Aspectos sociológicos del teletrabajo: calidad del trabajo digital y riesgos laborales", en *El Trabajo a distancia*, AA.VV. (Directores: PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. y THIBAULT ARANDA, J.), op. Cit. págs. 71-98. De interés también, centrado en la valoración de la apuesta de la norma por el modelo mixto entre trabajo presencial y teletrabajo, véase SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y. "Obligación empresarial de protección de la salud en el trabajo a distancia", en *El Trabajo a distancia*, AA.VV. (Directores: PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. y THIBAULT ARANDA, J.), op. Cit. págs. 377-418.

11 A estos efectos es de interés el análisis realizado por el Servicio de Estudios Confederal de la UGT. *El teletrabajo en la encrucijada. Análisis y Propuestas* núm.5 mayo 2020. Puede consultarse en https://www.ugt.es/sites/default/files/documento_teletrabajo_-analisis_y_propuestas_ugt.pdf

ordenación contenida en convenios de empresa como «Repsol Petróleo SA» y II Convenio colectivo de empresas vinculadas para "Telefónica de España, SAU, Telefónica Móviles España, SAU y Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones de España, SAU". Con aplicación del RDL, se puede referenciar el reciente Convenio colectivo para las cajas y entidades financieras de ahorro publicado en el BOE de 3 de diciembre de 2020.

También resulta necesario delimitar su ámbito. El teletrabajo a distancia -en sus posibles subespecies- es una variedad del trabajo en régimen de ajenidad, donde se incorpora como especialidad de identidad la elección por el trabajador del lugar de ejecución del trabajo ya sea éste el domicilio del trabajador o cualquier otro, fijo o móvil, e, incluso, sean varios semifijos. La singularidad en el lugar de ejecución en nada afecta a su contenido esencial. Todo lo anterior hace inviable la aplicación de la ordenación jurídica del teletrabajo al trabajador por cuenta propia o autónomo, donde su elemento definidor es conceptual y no del lugar de ejecución. Por tanto, cuando hablamos de trabajo a distancia, en general, o de trabajo a distancia con utilización de medios informáticos (teletrabajo), nos referiremos con exclusividad a la única categoría posible, la conformada por los trabajadores por cuenta ajena[12].

Esta especificación es oportuna, puesto que se trata de utilizar los elementos configuradores en el orden que corresponde. No se trata, de esta forma, de quienes trabajan en el domicilio propio o en cualquier lugar elegido por el trabajador -esto lo puede hacer cualquiera, ya sea por cuenta ajena o propia-, sino del trabajador por cuenta ajena *en…*; ya que el lugar donde realice la actividad el trabajador es una especialidad no conceptual.

Inequívocamente, esta es la línea reguladora seguida por la Ley que, al fijar su ámbito de aplicación, determina que "las relaciones de trabajo a las que resultará de aplicación la presente Ley serán aquellas en las que concurran las condiciones descritas en el artículo 1.1 del ET, que se desarrollen a distancia con carácter regular". La regla es conveniente –por aclaratoria- pero no necesaria, ya que la Ley queda, por así decirlo, integrada en el ET por mandato expreso de su artículo 13.

12 Respecto al sentido y trascendencia del lugar de trabajo y su importante distinción entre el trabajo asalariado y el trabajo autónomo a lo efectos, véase GARCÍA MURCIA, J. "El nuevo marco legal del trabajo a distancia", en *El Trabajo a distancia*, AA.VV. (Directores: PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. y THIBAULT ARANDA, J.), *op. Cit.* Págs. 29-70.

También es necesario destacar que la delimitación del ámbito de aplicación no solo determina el género de la relación subyacente sino también su intensidad, al incorporar la exigencia del "carácter regular"[13]. Este planteamiento determina que el trabajo a distancia "no regular" queda fuera de la ordenación singular lo que, como veremos, abre también un abanico de situaciones.

En definitiva, podemos decir que la norma opta por la expansión conceptual incluyente o excluyente en función del tiempo de trabajo en la categoría, esto es, del tiempo dedicado al trabajo a distancia y, a su vez, en referencia o en proporción a la duración del contrato de trabajo.

Si bien es cierto que esta cuestión plantea muchos interrogantes desde la perspectiva de la norma aplicable en cada momento de la prestación laboral a distancia, regular o no regular, a los efectos del estudio del accidente de trabajo -y de otras materias que exigen el cumplimiento de obligaciones en cada espacio donde se preste la actividad, por ejemplo, en materia de prevención- podemos avanzar en este punto que la problemática se centrará en torno al lugar de ejecución del trabajo, sea este trabajo de carácter regular o no.

Establecido el ámbito regulador, la norma realiza una identificación de los tipos de trabajo por cuenta ajena objeto de ordenación, utilizando dos categorías genéricas que actúan como contrapuestas, y una especialidad, siguiendo la técnica y haciéndose eco de la normativa internacional y comunitaria europea.

De esta forma, la norma distingue dos categorías generales, a saber, el trabajo a distancia y el trabajo presencial, y una subcategoría, el teletrabajo, con el siguiente tenor:

Se entenderá por:

a) «trabajo a distancia»: forma de organización del trabajo o de realización de la actividad laboral conforme a la cual esta se presta en el domicilio de la persona trabajadora o en el lugar elegido por esta, durante toda su jornada o parte de ella, con carácter regular.

13 En relación con el requisito de regularidad, véase THIBAUL ARANDA, X. "Ámbito de aplicación de la nueva Ley del Trabajo a distancia: definición y calificación jurídica", en *El Trabajo a distancia*, AA.VV. (Directores: PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. y THIBAULT ARANDA, X.), op. Cit.. Págs. 99-122.

b) «teletrabajo»: aquel trabajo a distancia que se lleva a cabo mediante el uso exclusivo o prevalente de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación.

c) «trabajo presencial»: aquel trabajo que se presta en el centro de trabajo o en el lugar determinado por la empresa.

De todo lo anterior se desprende que de los elementos definitorios que utiliza la Ley, el criterio nuclear es el lugar de prestación de servicios o de realización de la actividad, que diferencia el trabajo presencial y el trabajo a distancia. En el trabajo presencial el lugar de trabajo será el "centro de trabajo o el lugar determinado por la empresa". En el trabajo a distancia, será el "domicilio del trabajador o el lugar elegido por aquel"[14]. Como veremos, el referido elemento adquiere relevancia propia y singularizada en nuestro estudio.

Dando un paso más en la delimitación de nuestro espacio de reflexión, resulta de interés hacer algunas consideraciones en relación con el conjunto de la ordenación jurídica del trabajo a distancia. Es regla común tanto en la norma nacional como en las comunitarias europeas e internacionales, la voluntariedad del trabajo a distancia -tanto para el trabajador como para el empresario- y así lo establece el artículo 5.1 de la Ley. Además la prestación voluntaria exige acuerdo por escrito y con un contenido mínimo obligatorio, sin perjuicio de lo añadido o matizado por el convenio o acuerdo colectivo. Pues bien, dentro del contenido referido, el artículo 7. f) recoge la determinación del "lugar de trabajo a distancia elegido por la persona trabajadora para el desarrollo del trabajo a distancia"[15].

14 Aun que entra dentro de la lógica la Asociación de Mutuas Colaboradoras (AMAT) ha hecho público un documento en que recuerda con respecto al lugar elegido lo siguiente: "El lugar de trabajo en el que se encuentra la zona habilitada para la prestación de trabajo por cuenta ajena debe ser adecuado para la prestación de servicios. No deberían hacerse constar en los Acuerdos lugares manifiestamente inadecuados, por implicar un aumento irracional e injustificado, en relación con las responsabilidades del puesto desempeñado, de los riesgos laborales a los que el trabajador se encuentre expuesto, bien por las características del lugar y su entorno, o bien por imprudencia imputable al mismo en relación con su responsabilidad de cuidado y mantenimiento del lugar de trabajo, aunque haya sido el trabajador el que pretenda designar ese lugar, como por ejemplo un barco en alta mar, viviendas o lugares que se encuentren en mal estado o en obras, viviendas o lugares sin licencia de habitabilidad, etc.". Puede consultarse en https://revista.ibermutua.es/noticias/accidente-laboral-en-el-trabajo-a-distancia-recomendaciones-a-las-empresas/

15 "También será importante incorporar, aunque el artículo 7 del RDL nada dice al respecto, si es posible cambiar el lugar de trabajo a lo largo de la relación, por ejemplo, a una segunda residencia, y si puede realizarse en cualquier tiempo. Aunque esta modificación del lugar podría pensarse que es un cambio menor, puede dificultar la relación en cuanto a que exista mayor dispersión (no saber separar tiempo de ocio de tiempo de trabajo al asociar la segunda residencia a periodo vacacional)

La Ley parece que utiliza un juego de palabras. Por un lado, el acuerdo de voluntades exige pacto, y por otro, los artículos 1 y 7, entre otros, refieren al "lugar elegido por el trabajador". Podría pensarse que el trabajador elige, en el sentido de imponer, y el acuerdo simplemente recoge la elección. Esta opción tiene otra cara, a saber, si el empresario no quiere aceptar la elección – o las condiciones de la elección, como veremos más adelante- es suficiente con no cerrar el acuerdo. Entiendo, por tanto, que la armonización de las distintas referencias equivale a concluir que el lugar de trabajo será el "lugar acordado" por el trabajador y por el empresario y no el "lugar impuesto" por el trabajador.

A continuación de la definición de las dos categorías generales vistas, el precepto procede a conceptualizar el "teletrabajo", determinando que será aquel "trabajo a distancia que se lleva a cabo mediante el uso exclusivo o prevalente de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación". Se trata, por tanto, de una subespecie del trabajo a distancia donde la singularidad está en los medios utilizados para realizar la prestación de trabajo y, posiblemente, en el objeto del trabajo mismo.

De esta forma podemos decir que teletrabajo es la forma de organización del trabajo o de realización de la actividad laboral conforme a la cual ésta se presta en el domicilio de la persona trabajadora o en el lugar elegido por ella, durante toda su jornada o parte de ella, con carácter regular, que se lleva a cabo mediante el uso exclusivo o prevalente de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación.

A modo de resumen podemos afirmar que, combinando todos los elementos, el teletrabajo regular se caracteriza por los siguientes factores: a) el lugar de prestación de la actividad, b) la utilización de medios informáticos. Todo ello, en el entendimiento de que ninguno de los elementos tiene que ser necesariamente exclusivo, abre un abanico de fórmulas mixtas que combinan tiempo, lugar y medios que presenta resultados casi infinitos[16]. Esta realidad anuncia tanto la

o bien dificultades asociadas a la falta de servicios básicos en el territorio, como la conectividad digital o servicios para la conciliación laboral y familiar e incluso peor cobertura sanitaria que incremente los tiempos de espera en la atención respecto a la brindada en el domicilio habitual". DE LAS HERAS GARCÍA, A. "Análisis de la nueva regulación del trabajo a distancia". *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, nº 452,2020, págs. 171-193.

16 Con todo y como ha afirmado la doctrina "teletrabajo y autonomía en la gestión del tiempo de trabajo no son necesariamente sinónimos, por cuanto el impacto del teletrabajo en el tiempo de trabajo es muy desigual al poder variar según la modalidad de teletrabajo" THIBAULT ARANDA, X., *El teletrabajo. Análisis jurídico-laboral*, cit,p.68 y GARCÍA ROMERO, B., *El teletrabajo*…cit,

insuficiencia como las dificultades que presenta la utilización de fórmulas de delimitación clásicas, a nuevas realidades que rompen y se alejan de los moldes.

III. NUEVAS REALIDADES Y VIEJOS CONCEPTOS: LA INSUFICIENCIA DEL RECONOCIMIENTO GENERAL DE DERECHOS.

Es destacable que, tanto en las normas nacionales como internacionales, es común el reconocimiento expreso referido a que las personas que desarrollan trabajo a distancia tendrán los mismos derechos que aquéllas que lo hacen de forma presencial. Así, el Acuerdo Europeo determina que "…los teletrabajadores se benefician de los mismos derechos, garantizados por la legislación y los convenios colectivos aplicables, que los trabajadores comparables que trabajan en los locales de la empresa". Igualmente, el Convenio de la OIT sobre el trabajo a domicilio, 1996 (núm. 177) y la Recomendación sobre el trabajo a domicilio, 1996 (núm. 184). Por otro lado, y en el ámbito español, el artículo 4.1 de la LTD (Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia) establece que "las personas que desarrollan trabajo a distancia tendrán los mismos derechos que hubieran ostentado si prestasen servicios en el centro de trabajo de la empresa".

De esta forma, la delimitación universal legal y convencionalmente reconocida referida a la responsabilidad del empleador respecto a la protección de la salud y la seguridad en el trabajo de los trabajadores a distancia, incluidos los teletrabajadores, se concreta en el reconocimiento de que los empresarios tienen las mismas responsabilidades en materia de salud y seguridad para los teletrabajadores a domicilio que para cualquier otro trabajador de la organización, lo que incluye la identificación y la gestión de los riesgos laborales de los teletrabajadores a domicilio.

Por su parte, el artículo 7 del Convenio 177 de la OIT - reiterado por la Recomendación sobre el trabajo a domicilio, 1996 (núm. 184)- establece que: "la legislación nacional en materia de seguridad y salud en el trabajo deberá aplicarse al trabajo a domicilio teniendo en cuenta las características propias de éste y deberá determinar las condiciones en que, por razones de seguridad y salud, ciertos tipos de trabajo y la utilización de determinadas sustancias podrán prohibirse en el trabajo a domicilio".

BIB 2012\23571.

Desde otra perspectiva, la LTD sí se detiene más en las previsiones en materia de prevención (arts. 15 y 16), silenciando cualquier otra ordenación. El silencio normativo se cristaliza incluso en la Exposición de Motivos de la norma. En efecto, tras atribuirse la condición de "regulación suficiente, transversal e integrada en una norma sustantiva única que dé respuestas a diversas necesidades", enumera el marco de derechos y obligaciones sin hacer referencia a la protección singular –la protección en sí misma no admite dudas- por riesgos profesionales, dada su extraordinaria singularidad.

Curiosamente, aunque con toda lógica desde la esfera preventiva, el silencio sobre los temas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales no impide la referencia a algunos riesgos que pueden actualizarse en siniestros (AT o EP). Así, se destacan la "configuración y aplicación de medidas contra el acoso sexual, acoso por razón de sexo, acoso por causa discriminatoria y acoso laboral". Igualmente, aspectos preventivos relacionados básicamente con "la fatiga física y mental, el uso de pantallas de visualización de datos y los riesgos de aislamiento". De hecho, y con una clara integración de los riesgos profesionales en el espacio de la prevención de riesgos laborales, aunque no cristalizada en la norma, los pocos indicios de concreción de tiempo y lugar aparecen desde la óptica de la evaluación de riesgos y planificación de la actividad preventiva.

El silencio normativo al que nos hemos referido es apreciación común en la doctrina científica, como también es común la conclusión derivada, a saber, la aplicación en bloque de la regulación del accidente de trabajo y de la enfermedad profesional, contenida en los artículos 156 y 157 del TRLGSS (Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social).

Debemos destacar a priori que, aunque la norma aplicativa son los artículos 156 y157 -por la principal razón de que no hay otras-, lo cierto es que la complejidad es destacable. Por un lado, porque la ordenación de los riesgos profesionales está prevista básicamente y con los matices oportunos, para los espacios donde el tiempo y lugar son controlados por el empresario como sujeto responsable. Y son precisamente esos espacios los que salen de su control con las concreciones impuestas por las normas de prevención y de control de jornada, siempre con las limitaciones impuestas, cuando se pretenden utilizar dentro del domicilio del trabajador, con los derechos constitucionales a la "intimidad personal y familiar" (art. 18.1 CE) y a la "inviolabilidad del domicilio" (art. 18.2 CE).

A modo de valoración general, podemos decir que el nivel de complejidad de la aplicación del artículo 156 (concepto de accidente de trabajo) está en proporción inversa a la flexibilidad de tiempo y lugar que admite el trabajo a distancia, casi hasta el límite de su imposible aplicación.

En todo caso, el prisma aplicativo en la interpretación del silencio normativo debe tener su propio enfoque. En efecto, si el legislador ha optado por el silencio regulador, con remisión tácita a las normas generales aplicables que evidentemente no están destinadas al trabajo a distancia, las reglas aplicativas de las normas y su interpretación jurisprudencial no pueden darse con utilización de criterios restrictivos. El legislador conocía perfectamente el significado de su silencio.

Los razonamientos realizados nos sitúan en un espacio de compleja armonización en términos de perspectiva de análisis. Como decíamos, el silencio del legislador –lo que no es una sorpresa en esta materia- remite a la aplicación en bloque de una ordenación –normas y jurisprudencia- pensada para el trabajo presencial y ahora aplicada a una prestación de actividad donde los espacios de tiempo y lugar -especialmente complejo el referido al lugar-, son ajenos al control directo del empresario responsable y que van desde el domicilio del trabajador a cualquier otro lugar elegido por éste, singularmente si los medios de trabajo son informáticos. En definitiva, creemos que el silencio del legislador a la espera de que sean los tribunales los que conformen la modulación y adaptación conceptual de los riesgos profesionales al trabajo a distancia en todas sus variables, cuando esta tipología de trabajo va a adquirir unas dimensiones notables, es un error importante, cuyas consecuencias el tiempo determinará.

Si bien es cierto y así lo hemos reiterado, que la opción legislativa más generalizada es el reconocimiento general de derechos en igualdad de condiciones que los trabajadores presenciales, sin una conceptualización singular del concepto de accidente de trabajo -ejemplo es la regulación italiana[17]- o, en su caso, una

17 La ley 81 de 2017 que regula el teletrabajo, simplemente establece que el teletrabajador tiene derecho a protección contra accidentes, incluso el accidente in itinere. No es una definición propia, sino que prevé la aplicación de las reglas generales. Así los apartados 2 y 3 del art. 23 determinan que: "2. El trabajador tiene derecho a la protección contra accidentes de trabajo y enfermedades profesionales dependientes de riesgos relacionados con el trabajo realizado fuera de las estructuras de la empresa. 3. El trabajador tiene derecho a la protección frente a los accidentes de trabajo que se produzcan durante el viaje normal de regreso desde el lugar de residencia al lugar elegido para realizar el trabajo fuera de las estructuras de la empresa, dentro de los límites y en las condiciones establecidas en el párrafo tercero del artículo 2 del decreto presidencial n. 1124 de 1965 sobre el

adaptación, también lo es que existe una minoría de Estados que incorporan algún elemento destacable.

A modo de ejemplo nos referiremos al sistema argentino y francés.

La regulación argentina contenida en el artículo 14 de la Ley 27555, de 30 de julio 2020, Régimen legal de contrato de Teletrabajo, determina que "los accidentes acaecidos en el lugar, jornada y en ocasión del teletrabajo, se presumen accidentes en los términos del artículo 6°, inciso 1, de la ley 24.557". A su vez la norma de referencia (Ley 24557 de 13 -9-1995, Ley de Riesgos del Trabajo) estipula que "se considera accidente de trabajo a todo acontecimiento súbito y violento ocurrido por el hecho o en ocasión del trabajo, o en el trayecto entre el domicilio del trabajador y el lugar de trabajo, siempre y cuando el damnificado no hubiere interrumpido o alterado dicho trayecto por causas ajenas al trabajo…"

Por lo que se refiere a la ordenación francesa, el artículo L1222-9 del Código del Trabajo determina que "un accidente ocurrido en el lugar donde se lleva a cabo el teletrabajo durante el ejercicio de la actividad profesional del teletrabajador se presume que es un accidente de trabajo en el sentido del artículo L. 411-1 del Código de la Seguridad Social".

IV. EL TELETRABAJO PRESTADO EN EL DOMICILIO: DELIMITACION DEL ACCIDENTE DE TRABAJO Y PRESUNCIÓN

1. Elementos de la concepción clásica

Determinar los perfiles conceptuales del accidente de trabajo en el trabajo a distancia presenta una notable complejidad por cuanto se hace necesario construir un nuevo marco conformado por innumerables piezas que, a su vez, se muestran extraordinariamente complejas y no cuentan con una ordenación específica. La fotografía así presentada, constaría de las partes expuestas a continuación.

En un primer orden, debemos referirnos al concepto de accidente de trabajo y a sus especificidades, a saber, inclusiones expresas, exclusiones, aclaraciones, presunciones, etc., en conexión con la extensa construcción jurisprudencial habida al respecto de cada uno de sus múltiples elementos. Por otro lado, su aplicación

seguro obligatorio contra accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, cuando la elección del lugar de trabajo venga dictada por necesidades relacionadas con el propio servicio o por la necesidad del trabajador de conciliar las necesidades de la vida con las del trabajo y responda a criterios razonables."

al trabajador por cuenta ajena, de delimitación en sí mismo compleja y a la que la existencia de nuevos espacios productivos añade aún mayor complejidad. Por último, su aplicación a un tipo de actividad -el trabajo a distancia con las singularidades del teletrabajo- cuyos perfiles relacionales se alejan mucho de la percepción clásica, incluso jurisprudencialmente hablando, con singularidades complejas si el lugar de ejecución es el domicilio del trabajador, que se multiplican sin límites en proporción inversa a la mayor o menor flexibilización de los parámetros de lugar y tiempo de prestación del trabajo.

Como venimos diciendo, la referencia de ordenación de los riesgos profesionales en el trabajo a distancia -y en todas sus subespecies, incluido el teletrabajo- está constituida por los preceptos del TRLGSS, artículos 156 y 157, a los que debemos acudir para analizar su aplicación concreta.

De esta forma, el artículo 156.1 TRLGSS establece que será accidente de trabajo "toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena".

A continuación, el precepto completa la definición legal del accidente de trabajo con un listado de situaciones –amplio, complejo y multitemático- que se consideran expresamente como constitutivas de accidente de trabajo (156.2); junto a ellas se incorporan situaciones que quedan excluidas de su consideración (156.4) y que están íntimamente vinculadas con otras que sí lo son o que, como advierte el art. 156.5, "que no impiden su calificación…". Finalmente, el precepto se cierra con un importantísimo mecanismo de presunción *iuris tamtum*, al determinar que "se presumirá, salvo prueba en contrario, que son constitutivas de accidente de trabajo las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y en el lugar del trabajo" (156.3).

Partiendo de la complejidad de la descrita construcción del accidente de trabajo, conviene en este punto realizar un análisis que parta del concepto general y los elementos sobre los que se enmarca. Tanto la jurisprudencia como la doctrina vienen entendiendo, desde hace varias décadas, que de la definición del accidente de trabajo pueden deducirse tres elementos que han de concurrir para que un accidente pueda calificarse como accidente de trabajo. Estos tres elementos son: lesión corporal, trabajo por cuenta ajena y nexo causal.

Comenzamos por analizar el primer elemento, la existencia de una "lesión corporal". La utilización de este término, que ha tenido un largo recorrido

histórico en la jurisprudencia a partir de la importante Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 17 de junio de 1903– en muchas ocasiones con reflejo en las situaciones incluidas expresamente en el art.156.2-, hoy no solo refiere a las lesiones típicas producidas por la acción súbita y violenta de un agente externo, sino que incluye las producidas por un deterioro lento y progresivo, típico de las enfermedades que son contraídas en el ejercicio de la profesión y consecuencia de ese mismo ejercicio. Igualmente, la expresión corporal es integradora sin excluir ninguna otra, de esta forma incluidas, por ejemplo, las lesiones psicosomáticas. Por tanto, la expresión "lesión corporal" es hoy omnicomprensiva de cualquier alteración de la salud, integradora de cualquier patología, producida por cualquier circunstancia que traiga su causa o sea consecuencia del trabajo. Sin perjuicio del carácter omnicomprensivo de la expresión "lesión corporal" y de la escasa aportación de singularidad en su aplicación al trabajador a distancia /teletrabajador, lo cierto es que, como ocurre en otros tipos de trabajos, podrá constituir indicios para la calificación dependiendo de la actividad que se realiza y su conexión directa o indirecta. En definitiva, y dada la singularidad del teletrabajo, la lesión constituirá un elemento indiciario.

En un segundo término y partiendo de la circunstancia, ya argumentada, de que el teletrabajador, a los efectos, ha de ser trabajador por cuenta ajena en los términos del art. 1.1 del ET (según el propio art. 1 LTD), partimos de la construcción del concepto de accidente sobre la premisa de que quien lo sufre es, por tanto, un trabajador por cuenta ajena. Ello sin perjuicio de las numerosas realidades que dificultarán la calificación de origen para luego añadir el calificativo de "a distancia" o "teletrabajo".

Queda evidenciado, así, que la calificación de la relación jurídica subyacente tiene una importancia extrema, hasta el punto de afirmarse que "si el trabajo no era por cuenta ajena, el accidente no era de trabajo". No obstante, desde la perspectiva protectora el riesgo profesional hoy está incorporado a la cobertura obligatoria de los trabajadores por cuenta propia o autónomos, con conceptualización propia. Así, "se entenderá como accidente de trabajo del trabajador autónomo el ocurrido como consecuencia directa e inmediata del trabajo que realiza por su propia cuenta y que determina su inclusión en el campo de aplicación de este régimen especial. Se entenderá, a idénticos efectos, por enfermedad profesional la contraída a consecuencia del trabajo ejecutado por cuenta propia, que esté provocada por la acción de los elementos y sustancias y en las actividades que se especifican en la lista de enfermedades profesionales

con las relaciones de las principales actividades capaces de producirlas, anexa al Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales" (art. 316.2 TRLGSS). Igualmente, la Ley establece un concepto propio para los trabajadores autónomos económicamente dependientes, entendiéndose por accidente de trabajo toda lesión corporal del trabajador autónomo económicamente dependiente que sufra con ocasión o por consecuencia de la actividad profesional, considerándose también accidente de trabajo el que sufra el trabajador al ir o volver del lugar de la prestación de la actividad, o por causa o consecuencia de la misma. Salvo prueba en contrario, se presumirá que el accidente no tiene relación con el trabajo cuando haya ocurrido fuera del desarrollo de la actividad profesional de que se trate" (art. 317 TRLGSS).

Por último, nos referimos al elemento "nexo causal", donde confluyen y adquieren relevancia los vistos -lesión y trabajo por cuenta ajena- a través de su concurrencia y que se cristaliza mediante la fórmula "con ocasión o por consecuencia", lo que quiere decir que es accidente de trabajo tanto el que "en el trabajo tiene su causa real", como en "el que es el quid u ocasión que pone a la causa en condiciones de producir sus efectos, sin lo cual la causa no llegaría a ser causa"[18] . La conexión directa o indirecta, próxima o remota, no solo proporciona al precepto de una perfección conceptual poco habitual, sino que le ha proporcionado las alas necesarias para su expansión sin límites, como así ha sido y será si analizamos la estela jurisprudencial sobre el concepto mismo o sobre cualquiera de los supuestos del artículo 156.

A la postre, la idea del precepto y la interpretación dada por doctrina y jurisprudencia es que no solo "el acto de trabajo en sentido estricto", sino también todo acontecimiento que tenga alguna conexión con el trabajo, cualquiera que sea su causa última, –o del que no se pruebe que deje de tenerla- está dentro de la relación de causa u ocasión, enlazando así con la presunción de cierre que utiliza el artículo 156, respecto de las lesiones producidas en tiempo y lugar.

Es indudable que el juego de la ocasión referida al teletrabajo permitirá resolver en términos afirmativos muchos interrogantes, en la medida en que van

18 El juego de palabras utilizado procede del efectuado por ALONSO OLEA, cuando refiere el siguiente pensamiento de PLATÓN: "… es grave no saber distinguir entre la cosa que es causa de algo y la cosa sin la cual la causa no podría ser causa". ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J.L. *Instituciones de Seguridad Social,* Editorial Civitas, 2002, pág. 67.

a adquirir relevancia muchos actos realizados en el domicilio del trabajador y por tanto en su espacio privado, sin los cuales el trabajo no podría efectuarse.

2. La presunción de laboralidad

Es comúnmente aceptado el papel esencial que en la calificación del accidente de trabajo ha jugado la cláusula de cierre que utiliza el artículo 156.3 determinante de la presunción *iuris tamtum* al establecer que "se presumirá, salvo prueba en contrario, que son constitutivas de accidente de trabajo las lesiones que sufre el trabajador durante el tiempo y en el lugar de trabajo". Criterio de presunción utilizado también por las normas de otros países que realizan una ordenación singular (Francia, Argentina).

Ya hemos anticipado que, en función de las responsabilidades del empresario y de la diligencia debida en el control de la actividad productiva, el mecanismo de presunción parte de la exigencia de que el empresario controla los espacios de tiempo y lugar, que en definitiva son los de trabajo y con ello libera al trabajador de la carga de la prueba. Todo ello sin perjuicio de la prueba en contrario. El criterio es constante en la jurisprudencia, en el sentido de que "… se entiende que los acaecidos en tales circunstancias, en principio, no se deben exclusivamente al azar, sino que el empresario es quien domina o debe dominar el medio en el que se desarrolla la actividad laboral y es su deber preservar la salud y la integridad física de los trabajadores"[19]. La pregunta lógica es cómo el criterio basado en el control sobre el tiempo y el lugar puede operar en la prestación del trabajo a distancia y, especialmente, cuando éste es prestado en el domicilio del trabajador. También hemos anticipado que la complejidad en la calificación está en proporción inversa a la flexibilidad de los elementos de tiempo y lugar, que necesariamente deben darse ambos y a la vez.

2.1. La delimitación del lugar de trabajo: ¿Es posible parcelar el domicilio con carácter excluyente?.

Delimitemos el espacio de reflexión, esto es, el teletrabajo efectuado en el domicilio del trabajador. Anticipábamos que tanto la norma nacional como la internacional prevé que la modalidad de teletrabajo exige acuerdo entre las

19 Afirmación recogida por las Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de enero de 2014 (Rec.3179/2012) y de 9 de mayo de 2006 (Rec. 2932/2004).

partes. Así el artículo 5.1 de la LTD establece que "el trabajo a distancia será voluntario para la persona trabajadora y para la empleadora y requerirá la firma del acuerdo de trabajo a distancia regulado en esta Ley…". El referido pacto tiene su contenido especificado en el art. 7 de la norma así como aquellas otras singularidades que puedan incorporar las partes.

De esta forma, podemos concluir que, dadas las responsabilidades adicionales y en función de la falta de control que el empresario asume, parece razonable admitir que el acuerdo de teletrabajo sea completo y exhaustivo, donde forme parte del contenido esencial el control del espacio y las autorizaciones del trabajador para el acceso al domicilio. Todo ello lógicamente, y con especial énfasis por la utilización de las TICS, presidido por la protección de los derechos de la persona trabajadora en su relación laboral -como la protección de datos, la confidencialidad, la garantía de los derechos digitales, el derecho a la intimidad y el derecho a la propia imagen-; así como los más vinculados a la inviolabilidad del domicilio, teniendo en cuenta que el domicilio es el lugar de trabajo. En definitiva, buscando un complejo equilibrio entre los derechos del trabajador, las facultades organizativas del empresario y sus responsabilidades.

El resultado parece claro, puesto que si el empresario no encuentra los elementos necesarios para dar cumplimiento a sus responsabilidades en materia preventiva y de control de la posible siniestralidad, parece lógica y razonable la negativa del teletrabajo.

Parece lógico plantear que la autorización del trabajador no debe sobredimensionar la afectación de sus derechos constitucionales. El acuerdo voluntario para ambas partes debe estar, lógicamente, presidido por la buena fe teniendo en cuenta que entra en juego la protección del trabajador, incluso de las personas que convivan con él, lo que conlleva proporcionar al empresario los mecanismos necesarios -incluida la inspección técnica- para cumplir con sus obligaciones y respaldar sus responsabilidades. Por tanto, ésta sería la primera hipótesis, si los condicionamientos son completos habrá acuerdo y, si no lo son, no habrá acuerdo.

Otra posibilidad aplicativa vendría condicionada por la negativa del trabajador a la autorización de entrada en su domicilio y la formalización del acuerdo con las previsiones sobre tiempo, lugar y medidas preventivas establecidas en la LTD y las normas de aplicación. En esta opción, el empresario asume sus responsabilidades con conocimiento expreso de las posibles deficiencias técnicas

en la aplicación, seguimiento y control de las medidas preventivas y del lugar de ejecución.

De igual forma, las actuaciones irregulares del trabajador en la materia referida y en función de su gravedad, incumplimiento voluntario, desafiante y engañoso, podrían limitar o eximir de responsabilidades al empresario, incluso afectar a la calificación del accidente mismo al traer su causa de una conducta dolosa o de imprudencia temeraria (art.156.4. b) TRLGSS).

En referencia al lugar de trabajo y una vez que el trabajador lo ha identificado, aparece un sinfín de incógnitas en relación con la movilidad y el riesgo, consecuentemente, también la diferenciación entre el accidente de trabajo y el accidente doméstico. En todo caso, parece sensato realizar una correspondencia con la prestación de la actividad presencial donde el lugar de trabajo es la empresa o el centro de trabajo y no el despacho o el puesto delimitado - en paralelismo con la habitación del domicilio-. Por tanto, la posible movilidad por el domicilio -otras habitaciones, baño, cocina, terraza…etc.-, no debe condicionar la calificación del accidente de trabajo, como no la condicionaría en el trabajo presencial, siempre lógicamente que estemos en tiempo de trabajo. El criterio interpretativo, a nuestro juicio, debe estar basado en la racionalidad y, al tiempo, evitar la desproporcionada elevación del riesgo. Por tanto, a partir de esta interpretación flexible, amplia y con elementos de racionalidad, el elemento condicional básico estará constituido por el tiempo de trabajo y donde además, la tipología de la lesión actuará como elemento indiciario.

Siguiendo con el argumento expuesto, debe evitarse entremezclar las normas de prevención con el espacio de movilidad dentro del lugar de trabajo, en idénticos términos que en el trabajo presencial. En efecto y sin perjuicio de reglas generales, el trabajador no va al aseo o se mueve por la empresa con sus medidas de protección específicas "a cuestas". En lógica consecuencia, la movilidad por el domicilio no exige que las medidas preventivas estén en todo su espacio. Siempre bajo el prisma de la racionalidad, no se puede imputar al empresario responsabilidades porque el trabajador presencial se pille la mano al cerrar la puerta del aseo y nadie negaría que la lesión es accidente de trabajo. El mismo criterio se aplicaría en el domicilio.

A salvo de las numerosas diferencias existentes, cuando la doctrina judicial se ha aplicado, en este sentido, a supuestos complejos –por ejemplo el trabajo en un buque- el prisma de análisis ha sido sobre una realidad singular, a saber,

que "…no podemos olvidar la peculiaridad del trabajo del accidentado, cocinero en un buque, cuyo trabajo se desarrolla a bordo de la embarcación, que no sólo es el centro de trabajo sino también el domicilio del trabajador durante todo el periodo que dura el embarque pues, aun cuando el barco atraque, el domicilio de los tripulantes continúa siendo el barco…." STS de 24/02/2014, (Rec. 145/2013).

La casuística es abundante y habrá que analizar caso a caso, no obstante, reiteramos que el criterio interpretativo debe ser racional, amplio y flexible. El equilibrio se obtendrá con la contrapartida que supone la admisión de la prueba en contrario.

2.2. La relevancia del tiempo de trabajo y su identificación básica

Es muy probable que, en una redefinición del accidente de trabajo en cualquier modalidad del trabajo a distancia, incluidas las más flexibles, el tiempo de trabajo se constituya en elemento nuclear.

En el análisis que venimos realizando, el segundo elemento de la presunción es el tiempo de trabajo que, como hemos visto, no solo tiene su propia relevancia, sino que al acordar como lugar de trabajo el domicilio -que a su vez es el espacio dedicado al desarrollo de la vida personal y familiar-, aquél puede actuar como elemento diferencial. No obstante, con la proyección de la aplicación flexibilizadora del trabajo presencial.

Como es lógico el parámetro tiempo y las múltiples posibilidades de flexibilidad incorporan elementos de complejidad. Dicho lo cual, el uso de dispositivos digitales como instrumento de trabajo probablemente contribuirá, entre otras funciones vinculadas al control empresarial, a constatar el tiempo de conexión/trabajo. Siempre, como también hemos referido, con absoluta garantía de los derechos a la intimidad, confidencialidad, derecho a la propia imagen, desconexión digital, protección de datos… (LO 3/2018 y Reglamento UE 216/679). Aunque complejo, es necesario articular un debido equilibrio entre la capacidad organizativa empresarial y la protección de los derechos del trabajador.

No obstante la existencia de tipos de teletrabajo en el domicilio con jornada fija y tiempos de trabajo estandarizados, no cabe duda que su filosofía es una forma de prestación de actividad que conforma un modelo donde, con flexibilidad horaria y con uso de dispositivos digitales, se pivota sobre el rendimiento

y los objetivos. Es común encontrar en la negociación colectiva una interacción entre teletrabajo, conciliación de la vida personal y familiar y flexibilidad del tiempo de prestación de la actividad, siendo por tanto la flexibilidad un elemento identificador dentro, podríamos decir, de las organizaciones estandarizadas.

En una estructura convencional el trabajador tendrá una jornada todo lo flexible que se quiera, pero por imperativo legal y aun con flexibilidad de fórmulas, la jornada y las horas de trabajo deben estar registradas. Por tanto, el registro del tiempo de actividad puede tornarse un importante instrumento que nos permita delimitar los tiempos dedicados al trabajo.

Será el convenio colectivo, el contrato individual y/o el pacto de teletrabajo el que fijará los tiempos de trabajo, distribución, disponibilidad, registro, control, vicisitudes, comprobaciones, medidas de flexibilidad horaria acordada, momento de inicio y finalización de la jornada, descansos, pausa para el café, tiempo para el bocadillo, etc. Las reglas generales se establecen en el artículo 34.9 ET, conforme a la redacción dada por el artículo 10 del Real Decreto-ley 8/2019, de 8 de marzo y las relativas al teletrabajo en los artículos 13 y 14 de la LTD. La delimitación del tiempo de inicio y fin puede completarse con la regulación convencional de la desconexión digital, al establecer con carácter general y salvo situaciones de urgencia un "espacio temporal neutro", por ejemplo, desde las 19 horas hasta las 8 horas del día siguiente.

Probablemente entre los dos elementos referidos -registros horarios y tiempo de desconexión digital- quede fijada con cierta seguridad la franja horaria no habilitada para el trabajo y, por tanto, la exclusión *prima facie* del elemento tiempo en el juego de la presunción del artículo 156.3. La regla es general y, por tanto, receptora de excepciones, bien previstas como "urgencias tipo" en el convenio y/o acuerdo de teletrabajo, bien que surjan de forma imprevista, problemas de conectividad digital o actividades realizadas por el trabajador "… espontáneamente en interés del buen funcionamiento de la empresa" (art.156.2 c).

El tiempo de trabajo así es el que media entre el inicio y el final fijado con los márgenes de flexibilidad. Si utilizamos el ejemplo convencional recogido del tiempo de desconexión (entre 19 y 8 horas) el espacio de flexibilidad horaria es de 12 horas. Es en este tiempo donde entrarán en juego no solo lo pactado, sino los mecanismos de control digitales establecidos.

En conclusión, podríamos decir que los elementos que contribuyen a la fijación del factor tiempo para que entre en juego la presunción del artículo 156.3, conforman a su vez un previo o primario espacio de presunción *iuris tantum*. De esta forma, podemos operar con reglas que contribuyan de forma más o menos general a la delimitación presuntiva, el registro horario, el abanico horario de desconexión digital, el tiempo de conexión a la red empresarial, con actividad o sin ella, etc. El juego de todos ellos y a su vez de cada uno, ofrecerá una presunción del tiempo de trabajo bastante aproximada a la realidad y basada en una sucesión de presunciones individuales a modo de cascada.

FLEXISEGURIDAD EN EL CONTEXTO EUROPEO, ESPECIAL REFERENCIA AL CASO ESPAÑOL

MARÍA OLAYA MARTÍN RODRÍGUEZ

Profesora Contratada Doctora de la Universidad a Distancia de Madrid.

ABSTRACT: The subject of study analyzes the new forms of organization within the framework of labor relations, specifically the flexicurity mechanism. The term flexicurity emerged at the beginning of this century, specifically in the Netherlands and Denmark, which put into practice this model that had been proposed in the 1990s by some experts. The inflection point and implementation in other European countries of flexicurity is in 2008, the date on which the European Union bodies urged the Member States to apply this organizational model. This study analyzes to what extent European countries, especially Spain, have managed to implement flexicurity efficiently; as well as whether the much sought-after flexicurity has been efficiently achieved.

KEYWORDS: Flexicurity, labour reform, COVID-19.

1. INTRODUCCIÓN

Como se desarrollará en el siguiente apartado, desde el 2007, la flexiseguridad ocupa un papel muy importante en la agenda social europea, habiéndose configurado como uno de los objetivos clave impulsados por las instituciones comunitarias. La flexiseguridad se configura como un objetivo común en Europa, que debe ser alcanzado mediante la adopción de medidas encaminadas a transformar los mercados laborales de los Estados miembros. En alguno de los textos comunitarios se mencionan como ejemplo algunos países como modelos de flexiseguridad bien aplicada. Si bien, la adaptación de la normativa laboral de cada Estado miembro a la flexiseguridad exige de medidas distintas en cada país, debido a que las premisas de partida no son las mismas.

La razón o el motivo del impulso de la flexiseguridad desde instancias comunitarias se debe a los grandes avances tecnológicos y la llamada globalización que nos ha sumergido en un mundo de rápidos cambios; las decisiones tomadas por los gobiernos y las empresas marcan el ritmo. Además, la grave crisis económica y financiera que a nivel global se está sufriendo, y en especial en los países del sur de Europa, entre los que se encuentra España, ha puesto de manifiesto que los sistemas económicos, financieros y sociales actuales padecen importantes deficiencias. Por otra parte, el debilitamiento de los sistemas de relaciones laborales en España se ve reflejado en los problemas de desempleo y con alta rotación de trabajadores, contratos temporales, etc. lo que hace patente

la necesidad de diseñar nuevos mecanismos de fomento de empleo capaces de aportar estabilidad a los trabajadores en su desempeño profesional y evitar la precariedad laboral. En esta línea, no solo las instituciones europeas recomiendan impulsar reformas laborales centradas en la flexiseguridad, sino también la propia OCDE y la OIT.

Como su título indica, el objeto del presente artículo es analizar las medidas legislativas que ha implantado España referentes a la flexiseguridad y en qué grado dichas medidas facilitan la adaptación del mercado laboral interno a los principios de la flexiseguridad. En primer lugar, se analizarán los instrumentos comunitarios (comunicaciones, conclusiones, recomendaciones, etc.) que abogan por mercados de trabajo "flexiseguros". En segundo lugar, se citarán los tipos o combinación posibles de flexibilidad y seguridad que los Estados miembros pueden implementar. Y, en tercer lugar, se analizarán ciertos parámetros del mercado laboral de España y se comparará con la media de los países europeos, con el fin de determinar en qué medida los cambios legislativos se han ajustado para contribuir a que el mercado laboral tienda hacia la flexiseguridad. Para llevar a cabo esta comprobación, examinaremos si la regulación legislativa se ajusta a las recomendaciones de la Comisión Europea. En concreto, al itinerario hacia la flexiseguridad recomendado a aquellos Estados miembros que, como España, cuentan con mercados laborales marcados por la dualidad laboral y elevadas tasas de desempleo.

2. ORIGEN DE LA FLEXISEGURIDAD LABORAL

La organización de la actividad productiva es cada día más flexible con el fin de adaptarse a los requerimientos de un mercado cada vez más volátil y cambiante; en este sentido, las empresas tratan de buscar una mejor adaptación del tiempo de trabajo a esos nuevos intereses del mercado. Generalmente, los debates en torno a la organización del tiempo de trabajo atienden a las necesidades de flexibilidad productiva de las empresas pero, además, la legislación laboral también intenta atender en igual medida las expectativas o necesidades de los trabajadores.

Los orígenes de la flexiseguridad laboral en el ámbito europeo lo podemos situar en la Cumbre Europea del Empleo celebrada en 1997[1]. Sin embargo, no

1 Comisión Europea. Hacia los principios comunes de la flexiseguridad: más y mejor empleo mediante la flexibilidad y la seguridad. Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/

fue hasta el año 2003 cuando la Comisión de la Unión Europea desarrolla la flexiseguridad a partir de un Informe de Grupo de Trabajo sobre Empleo, elaborado por un grupo de expertos. A partir de este informe, el Consejo Europeo alentó a los Estados miembros y a los interlocutores sociales a consensuar unos principios comunes sobre flexiseguridad con el objetivo de alcanzar unos mercados laborales más abiertos y con mayor capacidad de respuesta a los cambios que se estaban produciendo[2].

Para los primeros intelectuales que acuñaron el término de flexiseguridad, ésta se entiende como "una estrategia que busca aumentar, por un lado, los niveles de flexibilidad del mercado de trabajo y de las organizaciones laborales; y por otro lado, mayor seguridad en las rentas y el empleo de los trabajadores, sobre todo de aquellos con más problemas de integración laboral. Es un cierto grado de seguridad en el trabajo, y en los ingresos de los trabajadores con una posición más débil en el mercado laboral que facilita su inserción y el desarrollo de su carrera profesional; mientras que, al mismo tiempo, es un cierto grado de flexibilidad numérica, funcional y salarial que permite una adecuada adaptación a las condiciones cambiantes del mercado con el fin de mantener y aumentar la competitividad y la productividad"[3]

Tal y como se ha indicado con anterioridad, la Comisión Europea aboga por la flexiseguridad y ello se plasma en el Libro Verde de 2006[4] en el que se alenta a "adaptar la legislación laboral para promover la flexibilidad y la seguridad del empleo y reducir la segmentación del mercado laboral". Otros textos posteriores se manifiestan en el mismo sentido[5]. Ello se concretó en mayor medida en un texto de la Comisión del año 2007 en el que detalla todo un listado de ejemplos de flexiseguridad, así como indicadores e itinerarios o mecanismos para conseguirlo, sin perder de vista la seguridad de los trabajadores[6].

TXT/?uri=COM:2007:0359:FIN. 2007

2 Klammer, U. "Flexiseguridad: perspectiva europea", Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, núm. Extraordinario, 2006, págs. 117-143.

3 Wilthangen, T. y Tros, F. The concept of flexicurity: a new approach to regulating employment and labour markets. *Transfer, 10*, (2), 2004, pág. 166-186.

4 Comisión Europea. Libro Verde. Cooperación para una nueva organización del trabajo, de 16 de abril. Bruselas. COM (97) 128 final. 1997.

5 Comisión Europea. Libro Verde. Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI, de 22 de noviembre. Bruselas. 2006.

6 Comisión Europea. Hacia los principios comunes de la flexiseguridad: más y mejor empleo mediante la flexibilidad y la seguridad. 2007.Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=COM:2007:0359:FIN

Pese al ánimo de la Comisión para que los Estados miembros instauren la flexiseguridad dentro de sus legislaciones respectivas, solo son principios, es decir, "no puede catalogarse *strictu sensu,* desde el prisma jurídico, como principios generales del Derecho social de la UE, al no aparecer recogidos con ese carácter ni en el ordenamiento comunitario ni en la jurisprudencia del TJUE"[7]. La imposición de los Estados miembros de integrar en sus políticas de mercado laboral los principios de flexibilidad y seguridad laboral se desarrolla en la orientación séptima de la Decisión del Consejo de 21 de octubre de 2010, sobre orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros (2010/707/UE).

Varios años después, en 2015, se elabora la Decisión relativa a las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros (Decisión UE 2015/1848 del Consejo, 5 octubre) en la cual no se alude expresamente a la flexiseguridad, pero sí al equilibrio de intereses de empresarios y trabajadores, a través de la creación de trabajo justo y equitativo en cuanto a condiciones laborales, acceso a protección social, fomento de contratación indefinida y prohibición de contratos atípicos y se fomenta la flexibilidad para adaptarse a los cambios del contexto económico.

Dinamarca y Austria son los dos países de Europa que lograron modelos eficientes y ejemplares de flexiseguridad. En el caso del modelo danés, posee normas flexibles de contratación al tiempo de tener un sistema de ayudas que animan a los desempleados a buscar trabajo y formarse[8]. Es decir, posee normas flexibles de contratación, un buen sistema de protección social y medidas de activación y formación que alentan a las personas desempleadas buscar empleos y cualificación requerida para reincorporarse al mercado laboral. Por otro lado, este sistema se sustenta en normas de despido liberales, gran flexibilidad en la distribución de jornada y flexibilidad en los sistemas retributivos (se fija a nivel de empresa). Destaca también en este modelo la labor de los interlocutores sociales en cuanto a la aplicación de las políticas de mercado de trabajo y formación.

Por su parte, el sistema austriaco opta también por un mercado laboral flexible, en el que no existen restricciones a la hora de contratar o despedir, pero

7 Martínez Abascal, V.A. (2018) "La idea de flexiseguridad y reformas laborales: propósitos y resultados, "Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, núm. Extraordinario, págs. 45-80.

8 Véase Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema "Flexiseguridad: el caso de Dinamarca" (DOUE de 18 de agosto de 2006).

al mismo tiempo existe un gran nivel de seguridad en los ingresos incluso para las personas en situación de desempleo. Existe pues, un despido "semi-libre", pero con una política estatal enfocada a una protección de desempleo a través de subvenciones y formación. La eficiencia de estos modelos de flexiseguridad no pueden extrapolarse a otros países de nuestro entorno, ya que hay determinados factores que influyen en la adecuada implementación, como puede ser el grado de inversión en I+D, tamaño empresarial, gasto público en políticas activas y pasivas, entre otras[9]. Pese a que los documentos europeos que se citan incitan a la instauración de mecanismos tendentes hacia la flexiseguridad, finalmente se deja en manos de los Estados miembros la implantación de dichas medidas.

3. MODELOS DE GESTIÓN Y COMPONENTES DE LA FLEXISEGURIDAD LABORAL

La flexiseguridad como ya se ha aludido en anteriores ocasiones es un término compuesto que intenta compatibilizar los requerimientos de los empresarios, por un lado, y por otro, las necesidades de los trabajadores. Pero, además, hay un tercer elemento que no está aludido en la terminología, pero que es de vital importancia, este tercer elemento son las políticas activas de empleo. Así pues, tendríamos:

- Flexibilidad: numérica, interna, funcional, salarial y de externalización.
- Seguridad: en el puesto, en el mercado, y en los ingresos.
- Políticas activas: fomento, re-cualificación, formación y conciliación.

La flexibilidad numérica externa también conocida como flexibilidad de empleo se refiere a los ajustes del volumen de la fuerza de trabajo acudiendo al mercado, mediante una mayor libertad para la contratación y la extinción de contratos. Por su parte, la flexibilidad interna se caracteriza por un ajuste temporal de la cantidad de trabajo en la empresa mediante la jornada de trabajo, es decir, las empresas pueden beneficiarse de ajustar las fluctuaciones de la demanda y reforzar así la competitividad y productividad a través de horarios atípicos, cuentas de tiempo de trabajo, distribución del horario, o trabajo a tiempo parcial. El término flexibilidad funcional se refiere a la organización flexible de la empresa,

9 Leonardi, L., Martín Artiles, A., Molina, O., Calenda, D., y Carrasquer Oto, P."¿Es exportable la flexiseguridad? Un estudio comparado de Italia y España" Cuadernos de Relaciones Laborales, 29 (2), 2011, págs. 417-443.

en el sentido de desarrollar funciones polivalentes y rotación de puestos de trabajo que se logra a través de mucha formación y la capacidad de los trabajadores para desarrollar tareas y actividades diversas. Cuando se habla de flexibilidad salarial se refiere a la existencia de complementos salariales de carácter personal, como pueden ser en función del rendimiento del trabajador, o del puesto de trabajo que desempeña. Y, por último, la flexibilidad de externalización se caracteriza por la facultad del empresario para subcontratar algunos trabajos a trabajadores externos, o en forma de trabajo a distancia, teletrabajo o recurrir a trabajadores cedidos por las empresas de trabajo temporal.

En cuanto al término seguridad hay también varios tipos, uno de ellos es el puesto de trabajo que se refiere a la seguridad que la legislación otorga a la protección del empleo y limita al empresario a despedir. Otro tipo de seguridad es en el empleo o mercado que se caracteriza por la certidumbre de mantenerse activo en el mercado de trabajo, aunque sea con distinto empresario o en diferentes puestos de trabajo. La seguridad de renta o ingresos mínimos se refiere a una protección de ingresos estables y adecuados en el supuesto de cese de la actividad laboral. Y, por último, la seguridad de conciliación consiste en ofrecer a los trabajadores la posibilidad de compatibilizar un trabajo retribuido con responsabilidades familiares (cuidado de hijos o personas dependientes) o personales (formación, etc.)

De la combinación de las distintas manifestaciones de flexibilidad y seguridad se logran una gran diversidad de medidas de flexiseguridad, que pueden tender más hacia la flexibilidad o hacia la seguridad, o bien lograr un punto equilibrado. Por ejemplo, una legislación que facilita la contratación temporal o despidos a bajo coste, es decir, opta por la flexibilidad externa, reduce la seguridad del puesto de trabajo. Lograr un equilibrio justo y eficiente en ambos sentidos en la regulación laboral es tarea difícil. Como previamente se ha aludido las políticas activas de empleo juegan un papel fundamental para lograr una buena implementación de la flexiseguridad.

4. CAMBIOS NORMATIVOS EN ESPAÑA HACIA LA FLEXISEGURIDAD

En este contexto nuestro Derecho interno introduce la terminología de flexiseguridad de manera implícita en la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo (BOE núm. 227, de 18 de septiembre de 2010), y de manera explícita en el preámbulo de la Ley

3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (BOE núm. 162, de 7 de julio de 2012) dónde afirma que la reforma laboral "es completa y equilibrada (…) y apuesta por el equilibrio en la regulación de nuestras relaciones de trabajo: equilibrio entre la flexibilidad interna y la externa; entre la regulación de la contratación indefinida y la temporal, la de la movilidad interna en la empresa y la de los mecanismos extintivos del contrato de trabajo; entre las tutelas que operan en el contrato de trabajo y las que operan en el mercado de trabajo, etc".

Si bien, años antes, concretamente la Ley 11/1994, de 19 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores (BOE núm. 122, de 23 de mayo de 1994) se vislumbra un destello hacia la flexibilización a través de un mayor grado de adaptabilidad en cuanto a los tiempos de trabajo. En la propia Exposición de Motivos de la citada norma, se hace alusión a la "mejora de la competitividad; pero ello exige revisar el marco institucional de las relaciones laborales (…), de forma que sea compatible garantizar la posición de los trabajadores con proporcionar al desarrollo de la actividad empresarial capacidad de adaptación. Ello permitirá una adecuación flexible de la gestión de los recursos humanos en la empresa, tanto a la situación económica como a los cambios del mercado en el que opera". Esta reforma normativa como se desprende va en la línea de otorgar mayor flexibilidad de adaptación a las empresas. Por su parte, la Ley 63/1997, de 26 de diciembre, de Medidas Urgentes para la Mejora del Mercado de Trabajo y el Fomento de la contratación indefinida (BOE núm. 32, de 30 de diciembre de 1997) pretende otorgar mayor grado de seguridad a los trabajadores, pues su objetivo fundamental es luchar contra el paro, la precariedad laboral, la alta rotación de contratos, y potenciar empleo estable y de calidad. En esa línea se elaboró más tarde la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad (BOE núm. 164, de 10 de julio de 2001).

Años más tarde, la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, pretende como uno de sus objetivos "contribuir a la reducción del desempleo e incrementar la productividad de la economía española", para lo cual decide actuar sobre el ámbito de la flexibilidad externa, aunque sin olvidar la flexibilidad interna y la intermediación laboral. Sin embargo, no fue hasta la ya citada Ley 3/2012 cuando se acuña verdaderamente en nuestro país el término de flexiseguridad.

Las medidas normativas tendentes a implementar la flexiseguridad en nuestro país fueron las siguientes:

- Potenciar la flexibilidad externa a través de facilitar las causas e indemnización de los despidos objetivos.
- Fomentar la flexibilidad de entrada a través de la creación del contrato indefinido de apoyo a los emprendedores para empresas de menos de 50 trabajadores.
- Limitar la contratación temporal mediante la limitación de la duración máxima del contrato de obra o servicio y del encadenamiento de contratos temporales, así como el progresivo aumento de la indemnización en los contratos temporales.
- Potenciar la flexibilidad interna a través de movilidad funcional, geográfica y gestión flexible del tiempo de trabajo. La flexibilidad del tiempo de trabajo encuadra claramente la distribución de la jornada, de tal forma, con una regulación flexible del aspecto cualitativo de la jornada de trabajo se trata de dar respuesta a las necesidades empresariales de carácter productivo para facilitar una mejor y más rápida atención a las necesidades coyunturales. El único mecanismo que con anterioridad a la Reforma Laboral de 1994 permitía la alteración del horario o de la distribución del tiempo de trabajo era el de modificación sustancial de condiciones de trabajo. El tiempo era una condición esencial del contrato de trabajo y su alteración requería la utilización de un procedimiento especialmente configurado al efecto. La norma no otorgaba a los convenios colectivos capacidad para que atribuyeran competencias al empresario a efectos de alterar el horario o la distribución del tiempo de trabajo[10].

La reforma laboral de 2012 se presentaba a sí misma como todo un modelo o un paradigma de equilibrio y de coherencia en múltiples frentes que se resumen en la finalidad de alcanzar la flexiseguridad. Pero lo que ha sucedido desde la aprobación de la reforma de 2012 ha sido un reforzamiento de los poderes empresariales, pues el legislador ha concedido más poder a los empresarios dada su posición dominante en la relación de trabajo. Además, se ha producido en los últimos años un debilitamiento de los sindicatos, lo que acrecienta, más si

10 García Perrote Escartín y Mercader Uguina, J.R., *Reforma laboral 2012: análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral",* Lex Nova, Valladolid, 2012.

cabe, la relación de fuerzas en favor de la parte fuerte del contrato de trabajo, el empresario.

La práctica de la reforma evidencia que no se han utilizado a fondo las medidas de flexibilidad interna como alternativas o excluyentes a las propias de la externa sino como complementarias y, en demasiados casos se recurre a éstas antes de ensayar aquéllas. De haber sucedido como pregonaban los preámbulos del RDL 3/2012 y el de la Ley 3/2012, no se hubieran destruido tantos puestos de trabajo desde la promulgación de las mismas. Asimismo, no se ha reducido, de manera significativa, la contratación temporal, que sigue teniendo unas elevadas cifras en las secuencias estadísticas mensuales y que, por otro lado, continúa siendo una lacra de nuestro mercado de trabajo. Por otra parte, las tutelas en el contrato de trabajo han disminuido a la vista de la fortísima inseguridad en el trabajo que dificulta o impide las denuncias y reclamaciones por parte de los trabajadores y sus representantes. Y por último, sigue existiendo la elevada tasa de paro, como demuestran los datos del paro existentes después de tres años desde la reforma laboral de 2012. Parece que la reforma laboral ha reforzado el poder de los empresarios y por el contrario ha debilitado el de los trabajadores[11].

La reforma laboral de 2012 ha incrementado los márgenes empresariales en orden a conseguir la flexibilidad interna, esto es, la que afecta al contenido de las condiciones de trabajo, a través de múltiples vías que afectan a figuras muy distintas[12]. Por un lado, la Reforma de 2012 ha ensanchado los márgenes de movilidad funcional, de la movilidad geográfica y de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo. De otro, ha admitido un amplio recorrido para la inaplicación en la empresa de los convenios colectivos *erga omnes*, con la posible actuación arbitral, solicitada sólo por una de las partes y no por las dos como en cualquier arbitraje de tipo voluntario, de órganos administrativos concebidos para otras finalidades; y ello se lleva a cabo por medio de acuerdos suscritos por un empresario y los representantes mayoritarios de los trabajadores en la empresa, lo que, debilita la fuerza vinculante del convenio. Además, se impuso *ex lege* y sin posibilidad de excepción por la autonomía colectiva, como ya se ha visto, la primacía aplicativa de los convenios colectivos de empresa sobre los sectoriales. Sin embargo, la segunda parte que compone la terminología de flexiseguridad,

11 Barrios Baudor, G.L., "Hacia una organización más flexible del tiempo de trabajo", en *Relaciones Laborales: revista crítica de teoría y práctica,* nº 12, año 30, diciembre 2014.

12 Del Rey Guanter, S., "La flexibilidad interna en la Ley 3/2012 de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral", en *Actualidad Laboral,* nº 17-18, octubre 2012.

es decir, la seguridad, no se cumple, se ha producido más bien un incremento de los instrumentos o mecanismos de flexibilidad (especialmente la flexibilidad externa), pero no se ha implantado con el mismo grado medidas de seguridad.

En los últimos años, aunque no hacen alusión de manera expresa al término flexiseguridad, tanto el Real Decreto Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación (BOE núm. 57, de 7 de marzo de 2019), como el Real Decreto Ley 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo (BOE núm. 61, de 12 de marzo de 2019), están encaminados hacia el fomento de la seguridad en el empleo al potenciarse la adaptación del tiempo de trabajo para facilitar la conciliación laboral y familiar, así como mejorando la protección social a través de bonificaciones para las empresas que contraten a personas desempleadas mayores de 52 años, entre otras. Parece con estas normas que se trata de alcanzar el equilibro en la terminología y lograr alcanzar una efectiva flexiseguridad.

No podía faltar cierta alusión a la repercusión que ha tenido la pandemia global del COVID-19 en la legislación laboral y en lo que aquí atañe cómo se ha potenciado la flexiseguridad. Así pues, conviene mencionar que se han adoptado algunas medidas para proteger los empleos temporales, como la eliminación de carencia de desempleo para entrar en situación de expediente de regulación de empleo del art. 25 del Real Decreto-ley 8/2020 y la suspensión de la duración del contrato temporal durante el mismo, incluidos los formativos, relevo e interinidad, por las causas previstas en los arts. 22 y 23 del Real Decreto-ley 8/2020. Los arts. 22 y 23 del Real Decreto-ley 8/2020 delimitan la fuerza y causa empresarial que motiva los expedientes de regulación de empleo. Esta medida combina la flexibilidad interna con la protección social, y es una herramienta eficiente para combatir los efectos del COVID-19 sobre el trabajo.

También se regula el subsidio de desempleo expecional por fin de contrato temporal y el de personas integradas en el Sistema Especial para Empleados de Hogar del Régimen General de la Seguridad Social a través del Real Decreto-ley 11/2020. En esta línea, el Real Decreto-ley 32/2020 igualmente reconoce, de forma extraordinaria, el acceso a la prestación contributiva por desempleo a los profesionales taurinos que lo soliciten. Igualmente se han adoptado algunas medidas para proteger los empleos temporales, como la eliminación de carencia

de desempleo para entrar en situación de expediente de regulación de empleo del art. 25 del Real Decreto-ley 8/2020 y la suspensión de la duración del contrato temporal durante el mismo, incluidos los formativos, relevo e interinidad, por las causas previstas en los arts. 22 y 23 del Real Decreto-ley 8/2020.

Como medida complementaria a la reducción o suspensión de jornada, el art. 2 del Real Decreto-ley 9/2020, de manera extraordinaria y con el objetivo de proteger el empleo durante la crisis por el COVID-19 establece que "la fuerza mayor y las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en las que se amparan las medidas de suspensión y reducción de jornada previstas en los arts. 22 y 23 del Real Decreto-ley 9/2020, no se podrán entender como justificativas de la extinción del contrato de trabajo ni el despido". Las últimas normas laborales han estado encaminadas a lograr tanto la flexibilidad empresarial como la seguridad de los trabajadores, a diferencia de las reformas laborales de los años 2010 y 2012.

5. ANÁLISIS DEL MERCADO DE TRABAJO EN ESPAÑA

Pese a que la Unión Europea propugnaba la implementación de medidas tendentes a alcanzar la flexiseguridad laboral, la legislación española como ya se ha dicho no ha logrado un verdadero equilibrio. Resulta esencial, para determinar en qué grado nuestro mercado de trabajo es inclusivo y eficiente, analizar distintos parámetros, como puede ser la tasa de empleo y desempleo y la tasa de temporalidad, entre otros. Así pues, si analizamos la situación de nuestro mercado laboral desde la década de los ochenta hasta el comienzo de la crisis económica de 2008 en comparación con otros países de la Unión Europea se puede caer en la cuenta de que España tiene una tasa de empleo relativamente inferior y un paro de larga duración significativamente más elevado, además tiene una tasa de desempleo y temporalidad más alta que otros países de la Unión Europea[13].

13 González-Mínguez, J. y Vacas, C. "La flexiguridad como modelo para los mercados de trabajo europeos". Boletín Económico. Banco de España, 2007, págs. 71-86. Disponible en: https://goo.gl/LAHKm8

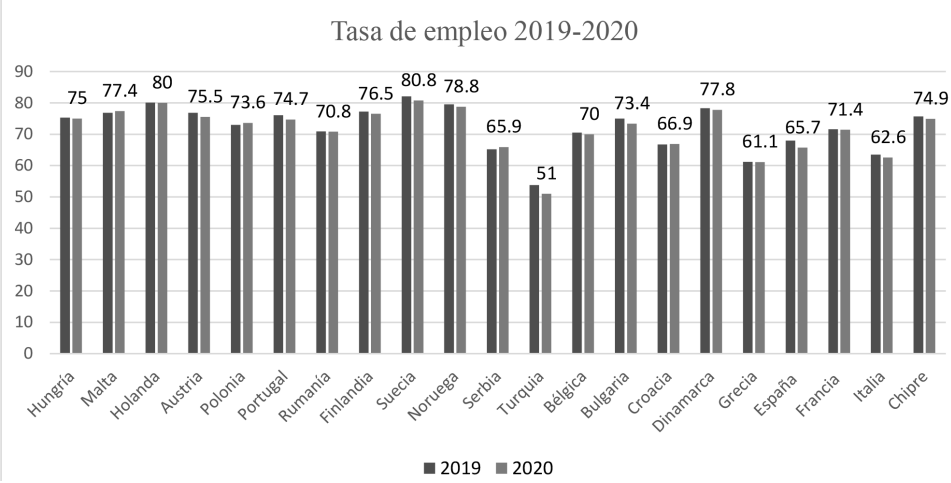


Gráfico 1: Elaboración propia a partir de datos EUROSTAT. Los datos medios de la UE hasta el año 2019 se tiene en cuenta los 28 Estados miembros, pero para el año 2020 se tiene en cuenta 27 Estados miembros.

En nuestro país la tasa de empleo según se muestra en el Gráfico 2 es inferior a la media del conjunto de la Unión Europea, especialmente mayor en el periodo comprendido entre 2012-2014 (Gráfico 1). En 2020 la diferencia porcentual de la tasa de empleo en España con respecto a la media de la UE-27 es de 6,7, no tan acusada como en 2014. Estos datos muestran que las reformas laborales de los años 2010 y 2012 tendentes a implementar medidas hacia la flexiseguridad, no dieron sus frutos.

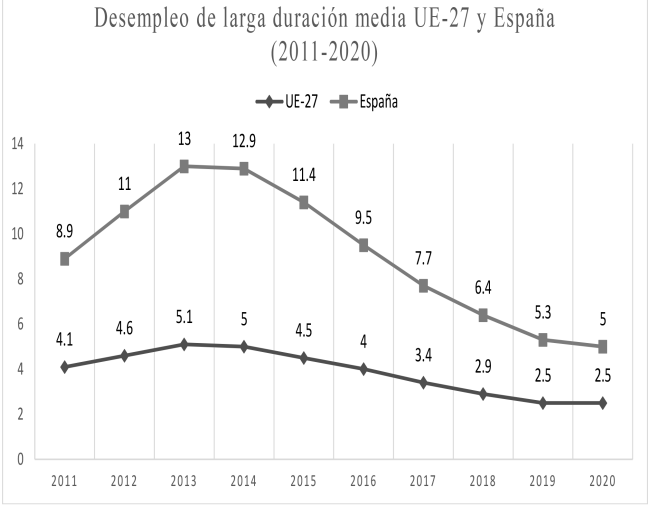


Gráfico 2: Elaboración propia a partir de datos EUROSTAT. Los datos medios de la UE hasta el año 2019 se tiene en cuenta los 28 Estados miembros, pero para el año 2020 se tiene en cuenta 27 Estados miembros.

Los datos de desempleo de larga duración también proporcionan información de si las medidas de flexiseguridad que se incorporaron en las reformas laborales en España dieron sus frutos. Como se puede observar en el Gráfico 3 la tasa de desempleo de España está por encima de la media de desempleo de los países de la Unión Europea, más acentuada en el periodo comprendido entre 2012-2014, desde entonces la tendencia ha sido decreciente. Estos datos llevan a pensar que las medidas normativas que se adoptaron en las reformas de 2010 y 2012 no ayudaron a reducir la destrucción de empleo derivado de la crisis económica que estaba viviendo el país en esos años. Las medidas normativas se escribieron en término de flexibilidad y no tanto de seguridad de los trabajadores.

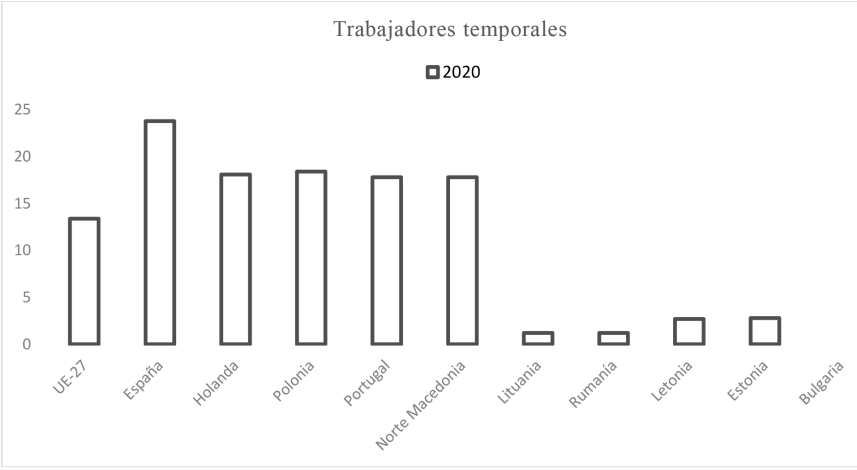


Gráfico 3: Elaboración propia a partir de datos EUROSTAT. Los datos medios de la UE hasta el año 2019 se tiene en cuenta los 28 Estados miembros, pero para el año 2020 se tiene en cuenta 27 Estados miembros.

Otro parámetro que puede mostrar la eficacia en la implementación de flexiseguridad en nuestro país es el grado de temporalidad existente. Como se puede observar el porcentaje de contratos temporales en España en 2020 está muy por encima de la media de los países de la Unión Europea. Los contratos indefinidos suelen configurarse como la principal vía de acceso a la seguridad, entendida principalmente como la estabilidad en el empleo e incluyendo, en menor medida, el acceso a la formación y a prestaciones públicas. Igualmente, los intentos de flexibilizar estos mercados laborales suelen traducirse en la proliferación de contratos temporales y de contratos de puesta a disposición[14]

14 Comisión Europea. Hacia los principios comunes de la flexiseguridad: más y mejor empleo mediante la flexibilidad y la seguridad. 2007.Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=COM:2007:0359:FIN págs. 15-16.

Así pues, la segmentación del mercado de trabajo (contratos fijos vs. contratos temporales) es uno de los problemas, junto con el desempleo de larga duración, del mercado laboral y del modelo de relaciones laborales en España[15].

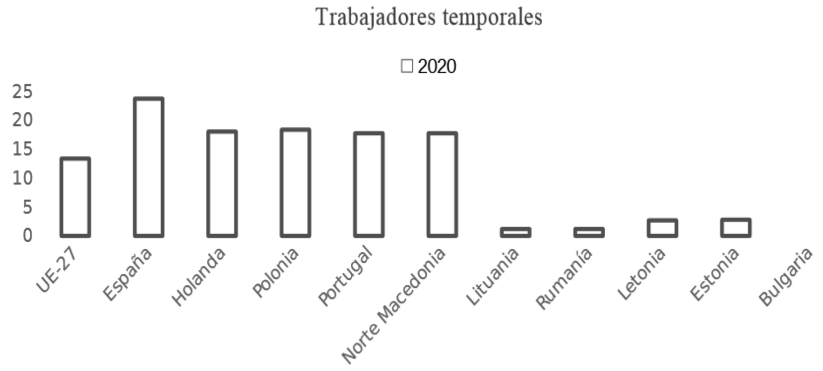


Gráfico 4: Elaboración propia a partir de los datos EUROSTAT. Refleja la media de la UE-27 y los países de la UE con mayor y menor temporalidad.

6. REFLEXIONES FINALES

Tras la realización del presente estudio pueden extraerse varias conclusiones, entre otras, y en primer lugar que la globalización de la economía y la descentralización empresarial, han sido el punto de inflexión para el desarrollo de las tecnologías de la información y comunicación. En consecuencia, se ha producido un cambio en la gestión y organización de las empresas, es decir, el diseño y tamaño de las plantillas se ha hecho más competitivo. En este sentido, desde las instancias internacionales y particularmente de la Unión Europea se ha venido apostando claramente por un modelo de gestión laboral basado en la flexiseguridad, que permita alcanzar un equilibrio entre la flexibilidad demandada por los mercados y la seguridad exigida por los trabajadores, junto a unos adecuados sistemas de protección social.

Como se ha visto, algunos países han servido de modelo de flexiseguridad (ejemplo de Dinamarca y Austria), pero como también se ha aludido esto no es extrapolable al resto de países. En España la regulación del mercado de trabajo hasta la reforma laboral de 2010 y 2012 se caracterizaba por tener un alto nivel de rigidez normativa, proteccionista de la esfera del trabajador. A raíz de la crisis

15 Casas Baamonde, M.E. "La contratación temporal: problemas y soluciones. Un debate necesario", Derecho de las Relaciones Laborales, núm. 11, 2017, págs. 1099 y siguientes.

económica de 2008, el sistema se convertía en insostenible y se alcanzaron cifras muy elevadas de desempleo, por lo que se hacía evidente la necesidad de una modernización legislativa. La reforma laboral de 2012 pretendía la introducción equilibrada de medidas que fomentaran la creación de puestos de trabajo y la estabilidad en el empleo. Sin embargo, y como se ha visto, las medidas eran demasiado flexibilizadoras y no se obtuvieron los resultados esperados. El mercado laboral ha seguido con altas tasas de desempleo, con gran uso de contratos temporales. Recientemente, y causa de la pandemia global por COVID-19, nuestro país ha elaborado una serie de normas tendentes a la flexiseguridad, parece que en términos más equilibrados que las reformas de 2010 y 2012. En este sentido, se ha tratado de dotar al empresario de fórmulas flexibles, pero sin olvidar las medidas protectoras de los trabajadores.

BIBLIOGRAFÍA

Barrios Baudor, G.L., "Hacia una organización más flexible del tiempo de trabajo", en Relaciones

Laborales: revista crítica de teoría y práctica, nº 12, año 30, diciembre 2014.

Del Rey Guanter, S., "La flexibilidad interna en la Ley 3/2012 de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral", Actualidad Laboral, nº 17-18, octubre 2012.

Casas Baamonde, M.E. "La contratación temporal: problemas y soluciones. Un debate necesario", Derecho de las Relaciones Laborales, núm. 11, 2017, págs. 1099 y siguientes.

Comisión Europea.Libro Verde. Cooperación para una nueva organización del trabajo, de 16 de abril. Bruselas. COM (97) 128 final. 1997.

Comisión Europea. Libro Verde. Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI, de 22 de noviembre. Bruselas. 2006.

Comisión Europea. Hacia los principios comunes de la flexiseguridad: más y mejor empleo mediante la flexibilidad y la seguridaD. 2007. Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=COM:2007:0359:FIN.

García Perrote Escartín y Mercader Uguina, J.R., *Reforma laboral 2012: análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral",* Lex Nova, Valladolid, 2012.

González-Mínguez, J. y Vacas, C. "La flexiguridad como modelo para los mercados de trabajo europeos". Boletín Económico. Banco de España, 2007. Disponible en: https://goo.gl/LAHKm8

Klammer, U."Flexiseguridad: perspectiva europea", Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales núm. Extraordinario, 2006, págs. 117-143.

Leonardi, L., Martín Artiles, A., Molina, O., Calenda, D., y Carrasquer Oto, P."¿Es exportable la flexiseguridad? Un estudio comparado de Italia y España" Cuadernos de Relaciones Laborales, 29 (2), 2011, págs. 417-443.

Martínez Abascal, V.A. (2018) "La idea de flexiseguridad y reformas laborales: propósitos y resultados "Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, núm. Extraordinario, págs. 45-80.

Wilthangen, T. y Tros, F. The concept of flexicurity: a new approach to regulating employment and labour markets. *Transfer, 10*, (2), 2004, pág. 166-186.

EL TRABAJO VÍA PLATAFORMAS DIGITALES. ESTADO DEL DEBATE LABORAL EN CHILE*

RODRIGO PALOMO VÉLEZ

Profesor de Derecho del Trabajo, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca (Chile), correo electrónico: rpalomo@utalca.cl

* Este trabajo ha sido desarrollado en el marco del Proyecto FONDECYT Regular Nº 1200362 "El trabajo vía plataformas digitales en Chile. Revisión de las fronteras del Derecho del Trabajo y de los instrumentos jurídicos de protección social y laboral", financiado por ANID-Chile.

ABSTRACT. The emergence of work via digital platforms has become a new breeding ground for rethinking the borders of the legal-labour regime and the expansive or restrictive virtuality of its protection. The issues have been focused mainly on determining when these kinds of services constitute a job and when they do not. However, another discussion has also arisen -one that is perhaps even more important- about the instruments and intensity of the protection to be guaranteed to these new ways of labour. In this opportunity, a new outlook of the state of the issue in Chile is presented, giving an account of its legislative, jurisprudential and doctrinal reality. Although this is an issue of global interest currently, each country has its own peculiarities and nuances that respond to the characteristics of its own regulatory and labor relations systems.

KEYWORDS. Digital platforms, Crowdwork, Subordination.

1. CUESTIONES INTRODUCTORIAS

1.1. El trabajo vía plataformas digitales como zona gris en las fronteras del Derecho del Trabajo

Son diversos los problemas derivados del trabajo vía plataformas digitales que están exigiendo atención de los Estados: competencia desleal, desorden en el mercado y evasión tributaria, por ejemplo[1]. En lo que interesa a esta ponencia, la irrupción de esta forma de trabajo se ha convertido en nuevo caldo de cultivo para repensar las fronteras del régimen jurídico-laboral y la virtualidad expansiva o restrictiva de su protección. Esta nueva revisión no es una más, sino que tiene notas características: por una parte, viene asociada a lo que se ha concebido como una nueva revolución industrial (economía digital), de contornos multiformes y en expansión[2], y, por otra, debe superar las insuficiencias legales, jurisprudenciales y de los sistemas de control, evidenciadas en anteriores revisiones[3].

Opera en un nuevo ecosistema de trabajo que es manejado por plataformas *online*, que hacen de intermediario entre empresas, clientes y quienes prestan los servicios. En dicho contexto, la digitalización está alimentando una nueva

1 DOMÉNECH (2015), p. 62 y ss.

2 Sobre la revolución digital y la aparición de una "nueva economía", véanse por todos DEGRYSE (2016), p. 8 y ss., y GAUTHIER (2016), p. 23 y ss.

3 DAGNINO (2016), p. 43 y ss., FUDGE (2017), p. 374 y ss.

estructura que tiene importantes implicancias en la naturaleza y calidad de los trabajos. A ello hay que sumar otra dificultad: no todas las plataformas son iguales. No obstante, la doctrina aún tiende a considerar estos tipos de trabajo como una categoría única, subestimando muchas veces la verdadera dimensión del fenómeno y la proyección de sus consecuencias (entre ellas, las laborales)[4].

Los problemas han estado fundamentalmente concentrados en la determinación de la laboralidad o no de este tipo de prestaciones de servicios. Existe un debate en curso sobre la naturaleza jurídica del vínculo que une quienes prestan servicios por esta vía, y las empresas que recurren a ellos.

El estado actual de la discusión permite afirmar que el trabajo vía plataformas digitales sigue ubicado en una zona gris, en una frontera difusa del trabajo regido por el Derecho del Trabajo. Así lo demuestra la amplia litigiosidad en diversos países del Mundo, y la copiosa literatura científica desde hace ya casi una década[5].

La implantación de sistemas más flexibles de organización del trabajo, el acercamiento fáctico y social entre el trabajo subordinado y el trabajo autónomo, y las nuevas exigencias sociales de protección, que exceden de la figura del trabajador típico, permiten sostener que persiste una duda genuina y razonable respecto de la calificación jurídica de esta forma de prestación de servicios.

Con todo, no se vislumbra una categoría jurídica dotada de mejores atributos que la subordinación para delimitar el ámbito de aplicación de los derechos laborales. Cuestión distinta es que se acuñen nociones más modernas, como la hiposuficiencia, para justificar la extensión de ciertas tutelas laborales básicas fuera de aquel ámbito. En este sentido, el modelo binario, del todo o nada en materia de reconocimiento de derechos laborales, también está en revisión, existiendo diversos ejemplos de regulación de zonas intermedias, que han tenido distinto éxito. Es el caso, por ejemplo, de los trabajadores autónomos dependientes económicamente (TRADE), en España, o los *workers*, en Reino Unido.

Lo que ha de redefinirse, entonces, son las técnicas de la subordinación, sus características específicas, con vocación de adaptabilidad a las nuevas realidades

4 ALOISI (2016), p. 660.

5 Una síntesis representativa de los casos judiciales más emblemáticos sobre trabajo vía plataformas digitales en el Mundo puede leerse en ILAW (2021). Desde la perspectiva doctrinal, véase por todos a CRUZ (2020).

del trabajo, como el que se presta mediante plataformas digitales. Es necesario, por tanto, formular nuevas categorías jurídicas que permitan proyectar tutelas jurídicas específicas viables respecto de nuestro sistema normativo, particularmente frágil en protección laboral y social. En efecto, si bien se trata de un debate global, tiene impactos nacionales diferenciados desde la perspectiva jurídica.

Al alero del cuestionamiento primario sobre la laboralidad, ha reflotado también otra discusión –tanto o más trascendente– sobre los instrumentos e intensidad de la protección que ha de garantizarse a estas nuevas formas de trabajo. Las respuestas son diversas, y van desde la autorregulación hasta diversas formas de intervención estatal (legal y/o jurisprudencial), de laboralización absoluta o parcial, desde dentro o por proyección de tutelas laborales o sociales hasta zonas grises no laboralizadas[6]. La Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo, por ejemplo, recomienda el desarrollo de un sistema de gobernanza internacional de las plataformas digitales de trabajo que establezca y exija que las plataformas (y sus clientes) respeten ciertos derechos y protecciones mínimos[7].

1.2. Instancias técnicas y estudios

A diferencia de lo que ha ocurrido en otras latitudes, en Chile, el trabajo vía plataformas digitales ha venido acaparando la atención de los organismos técnicos y de la doctrina recién en los últimos años. Los estudios son, por tanto, todavía incipientes.

La Comisión Nacional de Productividad fue una de las primeras instancias técnicas que analizó este fenómeno, en 2018. En su estudio sobre las tecnologías disruptivas, plantea la necesidad de establecer una regulación que aborde ámbitos de incidencia de las nuevas tecnologías tan diversos como el laboral, el consumidor, la competencia, la tributación y el manejo de datos. El objetivo orientador de esta regulación sería maximizar los beneficios de las plataformas a través de regulaciones que minimizan las externalidades negativas u otras fallas, y que impongan la menor carga posible sobre el regulador, el regulado y la sociedad. Asimismo, propone los principios que deberían inspirar estas

6 TODOLÍ (2017), p. 68 y ss., SHUK-CHING (2019), p. 63 y ss.
Algunos ejemplos de estas respuestas diversas son los siguientes: Francia (reconocimiento legal de derechos básicos), Italia (extensión de derechos laborales vía negociación colectiva), Portugal (tope de horas), California (presunción inversa de laboralidad), Uruguay (calificación judicial de laboralidad), y España (presunción legal de laboralidad, derecho de información y diálogo social).

7 COMISIÓN MUNDIAL SOBRE EL FUTURO DEL TRABAJO (2019), p. 47.

regulaciones: a) Estar centradas en las personas; b) Respetar la neutralidad; c) Propender al aumento de la productividad y el bienestar; d) Basarse en datos; e) Evitar asfixiar la innovación por incorrecta regulación; f) Diferenciar entre pares y profesionales; y g) Establecer criterios para diferenciar entre plataformas que prestan el servicio de intermediación o el servicio subyacente.

En el ámbito laboral, de forma más específica, la Comisión sostiene que según la actual interpretación del vínculo de subordinación y dependencia del Derecho del Trabajo, los prestadores de servicios a través de plataformas serían, en general, trabajadores independientes[8].

Por su parte, el Ministerio del Trabajo y Previsión Social ha convocado a dos mesas técnicas en las que se ha discutido sobre el trabajo vía plataformas digitales. En la primera, constituida en 2018 por abogados y economistas, se revisaron diversos desafíos para el mercado del trabajo actual y las nuevas formas de empleo. La mayoría de los miembros de dicha Mesa consideraron que los modelos de plataformas conocidos hasta ahora no configurarían un vínculo de subordinación y dependencia, sino que se trataría de prestadores de servicios independientes. Sin perjuicio de ello, sugirieron evaluar cada plataforma en particular, para determinar si en su funcionamiento práctico se configuran o no los supuestos de una relación laboral, dado que el tema no resultaba pacífico[9].

En 2020 funcionó una segunda mesa técnica, esta vez dedicada exclusivamente al análisis del trabajo mediante las plataformas digitales de servicios. Estuvo compuesta por representantes de cada estamento del Consejo Superior Laboral, además de representantes de los senadores de la Comisión de Trabajo, así como de la Comisión Nacional de Productividad, y de los Ministerios del Trabajo y Previsión Social y de Transporte y Telecomunicaciones. Su trabajo se circunscribió a caracterizar la industria de las plataformas digitales que operan en Chile, con especial énfasis en las personas que prestan servicios a través de ellas; revisar experiencias comparadas de regulación de las plataformas digitales; y establecer lineamientos de base para alternativas regulatorias.

Entre sus conclusiones, se enfatiza que toda intervención regulatoria, sea laboral o en otro ámbito, debe entender el funcionamiento de las plataformas, buscando mecanismos protectores que no perjudiquen el desarrollo de este tipo

8 Comisión Nacional de Productividad (2018).
9 MESA TÉCNICA LABORAL (2018), p. 37.

de economías ni las oportunidades de ingreso para las personas, pero siempre protegiendo las condiciones de trabajo de quienes prestan servicios en ellas. Dejan pendiente, con todo, la definición jurídica sobre el vínculo entre la plataforma y quienes prestan servicios. Dentro de dicho marco, recomiendan: a) Garantizar el acceso a determinados derechos y garantías en el ámbito de la seguridad social; y b) Establecer mecanismos especiales de protección en materia de datos personales y sensibles, de transparencia respecto de las condiciones económicas de retribución por los servicios, de periodos de desconexión, y de derechos fundamentales[10].

La OIT, por su parte, también ha aportado al debate con un informe técnico especialmente referido al caso de los repartidores en Santiago de Chile. Se trata de una mirada empírica a partir de la primera encuesta presencial a repartidores en nuestro país. Si bien existen algunos patrones socio-demográficos comunes, las motivaciones y expectativas están determinadas por experiencias de vida y situaciones personales que plantean desafíos a cualquier intento por abordar el fenómeno.

En dicho informe se sostiene, en lo medular, que los trabajadores valoran la relativa flexibilidad en la selección de horarios y lugares de trabajo, pero son conscientes de las vulnerabilidades y precariedades laborales que enfrentan: extenuantes jornadas de trabajo, falta de protección personal y exposición a riesgos sanitarios. El análisis destaca también que la opacidad de la gestión algorítmica, y la falta de un vínculo más robusto con la plataforma, constituyen las mayores fuentes de incertidumbre y malestar para los repartidores de plataformas[11].

En una perspectiva similar, cabe mencionar también el informe de Fairwork Chile, sobre estándares laborales en la economía de plataformas. Aunque se mantiene neutral respecto de la definición de laboralidad de estos trabajos, califica –con resultados muy deficientes– a las principales plataformas digitales que operan en nuestro país en base a cinco principios: a) Pago justo; b) Condiciones justas; c) Contratos justos; d) Gestión justa; y e) Representación justa.

No existen estadísticas fiables para medir el tamaño de este mercado en Chile. No obstante, el informe destaca que el crecimiento de las plataformas digitales de trabajo se ha visto muy favorecido por las condiciones estructura-

10 MESA TÉCNICA LABORAL (2020), p. 44 y 45.
11 ASENJO, CODDOU (2021), p. 74 y ss.

les del país: una historia económica liberal, una alta penetración de internet y un importante flujo de mano de obra migrante. Concluye que es urgente una regulación que se ajuste al tamaño y la relevancia de este mercado en auge, y que aborde sus particularidades[12].

2. LOS PRONUNCIAMIENTOS DE LA ADMINISTRACIÓN LABORAL

El 2016, la Comisión de Transportes y Telecomunicaciones del Senado, conjuntamente con los representantes de cuatro federaciones, confederaciones y asociaciones de taxistas, dirigió una solicitud a la Dirección del Trabajo para que emitiera un dictamen sobre la naturaleza jurídica del vínculo contractual que existe entre la compañía UBER y sus conductores.

Si bien este pronunciamiento concluyó con la declaración de falta de competencia del órgano administrativo para realizar la calificación jurídica del vínculo entre partes, la fiscalización realizada permitió levantar información interesante del modelo de negocio de dicha empresa y su forma de relacionarse con los conductores de los vehículos.

En efecto, la Dirección del Trabajo indicó en esa oportunidad que determinar si se trata o no de una relación laboral exige la calificación y ponderación de hechos en un procedimiento de confrontación probatoria, cuyo conocimiento necesariamente está entregado a los tribunales. Por tanto, estimó que no resultaba jurídicamente procedente que la Administración Laboral se pronunciara de modo genérico sobre el particular[13].

Dicha interpretación ha sido recientemente controvertida, a propósito de una fiscalización a la plataforma de repartos PedidosYa, solicitada oficiosamente por la Dirección Regional del Trabajo de Puerto Montt, tras un grave accidente sufrido por un *rider*. Luego de una visita inspectiva que duró casi un año, la entidad administrativa determinó la existencia de infracciones laborales derivadas de la informalidad laboral, cursando las multas respectivas. En efecto, verificó la existencia de elementos constitutivos indiciarios de una prestación de servicios personales, de una remuneración variable por dicha prestación, de turnos de

12 FAIRWORK (2021), p. 3 y ss.
En lo que respecta a la doctrina chilena, aún exigua en este tema, cabe destacar los siguientes trabajos: DÍAZ (2018); MUÑOZ (2018); LIZAMA, LIZAMA (2020); y UGARTE (2020).

13 Ordinario Nº 6165 de la Dirección del Trabajo, de 29 de diciembre de 2016.

trabajo, y de ejecución de laborales bajo subordinación y dependencia[14]. Actualmente, este asunto se encuentra pendiente en tribunales, tras la reclamación judicial de las multas que presentó la empresa referida.

El problema radica en determinar si la Dirección del Trabajo puede o no calificar hechos. Este serio conflicto institucional entre la Administración Laboral y la judicatura del trabajo en Chile sigue sin resolverse, resistiendo la eficacia de los derechos laborales. Tal como lo ha descrito la doctrina, es evidente que la Dirección del Trabajo, en ejercicio de su función fiscalizadora, debería determinar, frente a antecedentes de hecho, la existencia de vínculos de subordinación y dependencia, evitando que se encubran relaciones laborales con figuras civiles o de similar naturaleza. De este modo, la posibilidad que sea la Inspección del Trabajo la que califique y desenmascare el encubrimiento es fundamental, ya que permite que los casos de trabajo informal que no están, en principio, en condiciones económicas de llegar al sistema jurisdiccional se vean reprimidos[15].

3. LA RESPUESTA DE LOS TRIBUNALES

Tras la irrupción de la plataforma UBER en el mercado chileno del transporte de pasajeros, el gremio de los taxis interpuso ante la justicia numerosos recursos de protección que buscaban prohibir la operación de dicha empresa en el mercado nacional, por cuanto la misma vulneraría las garantías constitucionales de igualdad ante la ley, libre iniciativa económica y el derecho de propiedad. Fundaban estos recursos en que el desarrollo de la actividad de transporte remunerado de pasajeros es en Chile un mercado regulado, y UBER, al desarrollarlo sin ceñirse a dicha institucionalidad, vulneraría las garantías constitucionales señaladas de los actores que si las respetan para funcionar.

Estas acciones tuvieron escaso éxito, sentenciando los tribunales superiores el rechazo de los recursos por cuestiones formales, como la falta de legitimación activa de los actores –por representar intereses colectivos y difusos–, y la falta de legitimación pasiva de la demandada; pero también por cuestiones de fondo, al señalar que la ausencia de un marco regulatorio que permita cotejar el nivel de ajuste del desarrollo de la actividad con el mismo, impidía acoger las acciones de protección.

14 Informe de fiscalización Nº 1616 de la Inspección del Trabajo de Puerto Montt, de 7 de abril de 2021.

15 UGARTE (2008), p. 196 y ss.

Ahora bien, la litigiosidad vinculada al trabajo prestado a través de plataformas digitales es todavía escasa en Chile. Desde 2015 es posible encontrar cerca de cincuenta causas judiciales, sin embargo todavía no se puede sostener que haya una tendencia jurisprudencial asentada en sede laboral[16].

Estas causas, algunas terminadas y otras trámite, han sido entabladas principalmente en tribunales laborales de Santiago, Valparaíso, Antofagasta y Concepción, promovidas en su mayoría por conductores de Uber y repartidores de PedidosYa[17]. Sobre la base de la reclamación de laboralidad, algunas de ellas pretenden la declaración de despido injustificado, otras la declaración de despido con vulneración de derechos fundamentales, y otras –las menos– persiguen indemnizaciones de perjuicios por accidentes laborales.

En general, los argumentos de las partes para afirmar o descartar la laboralidad de estas prestaciones de servicios se repiten. Los demandantes concentran los fundamentos de sus pretensiones en su posición de ajenidad en el mercado y en negar la supuesta autonomía de la relación jurídica. En efecto, sostienen lo anterior en la existencia de perjuicios o penalizaciones por el uso de esta seudolibertad, y en el sometimiento a diversas manifestaciones de potestad jurídica de mando empresarial (principio de supremacía de la realidad).

Respecto de UBER, se resalta que es una empresa de transportes, que realiza pagos semanales, con una estructura de remuneraciones variables fijada por la empresa. Otorga, además, una capacitación inicial. En el caso de PedidosYa, los repartidores demandantes enfatizan en que no se trata sólo de una plataforma tecnológica que intermedia servicios. Asimismo, sostienen que el contrato de prestación de servicios incorpora una serie de obligaciones de carácter eminentemente laboral, y en la práctica es un contrato de adhesión: proceso de selección, se exige un mínimo de repartos o se bloquea (jornada), incentivos para realización de turnos, exigencia de usar mochila y uniforme con logo de la empresa (deben comprarlo), exigencia de celular de última generación, instrucciones precisas para la prestación del servicio, zonas de reparto asignadas por la empresa, supervisores, mecanismos de control, exclusividad, entre otras.

16 PALOMO (2020), p. 2.

17 Una excepción a la tendencia descrita fue el recurso de protección presentado por el director y vocero de la Asociación Gremial de Transporte Privado de Pasajeros, cuando fue desactivado como conductor de UBER. Su reclamo de vulneración de la libertad de opinión y del derecho de propiedad fue rechazado (Corte de Apelaciones de Santiago, Rol Nº 109.929-2016).

Por su parte, las empresas de plataformas demandadas rechazan la laboralidad de estas relaciones jurídicas, a partir de la negativa –al menos formal– de la subordinación (libertad para conectarse o no, tomar o rechazar servicios, manejo del tiempo) y la no exigencia de una prestación personal: no se contrata una persona, si no que se contrata la prestación de un servicio; además, existiría la facultad de subcontratar o ser sustituido en el trabajo para la plataforma.

UBER declara que es una empresa tecnológica, que sólo pone a disposición el *software* que administra (plataforma de intermediación). Afirma que mantiene acuerdos con socios conductores, que aceptan términos y condiciones. No hay exclusividad ni horario, pero sí libertad para conectarse o no, posibilidad de aceptar o no los requerimientos y rebajar tarifas; no hay remuneración, sino reintegro del monto cobrado por los socios conductores por sus servicios, descontando la comisión de UBER; no deben usar uniforme. PedidosYa, por su parte, también sostiene que es una empresa tecnológica y que tiene contratos civiles de prestación de servicios con los repartidores. Estos pueden decidir cuándo conectarse y durante cuánto tiempo, y elegir el lugar de los repartos; los incentivos son por servicios no obligatorios, complemento de ingresos; no se exige exclusividad ni uso de indumentaria de la empresa; la capacitación es sólo sobre el uso de la aplicación y lineamientos básicos de la prestación de servicios.

Otro antecedente relevante a considerar es que buena parte de estos juicios laborales ha terminado por desistimiento o por mecanismos de solución alternativa de conflictos (avenimiento o conciliación), lo que permite colegir que las empresas dueñas de las plataformas buscan fórmulas para evitar las sentencias, por el efecto reflejo que éstas pueden llegar a tener y el impacto correlativo en el mercado.

No obstante lo dicho, existen ya algunas sentencias emblemáticas que dan cuenta del debate judicial todavía no resuelto. La primera sentencia laboral que se pronunció sobre la naturaleza jurídica de la prestación de servicios a través de plataformas digitales fue en la causa RIT O-1388-2015, sustanciada ante el Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, e interpuesta por un ex conductor de UBER en contra de UBER Chile SpA por declaración de relación laboral, despido injustificado, nulidad de despido y cobro de prestaciones.

El tribunal de instancia rechazó la demanda considerando que el ex conductor no pudo demostrar los indicios de laboralidad, y consideró que se advertía la

existencia de una "especie de comunidad de choferes, que cuentan con permiso para realizar transporte privado de pasajeros, y se unen a la empresa ya sea como personas naturales o jurídicas con sus propios vehículos, empresa que por otra parte les facilita el soporte tecnológico que permite captar clientes a través de una aplicación en el celular a fin de movilizarlos de un lado a otro".

El sentenciador, en definitiva, rechazó la existencia de laboralidad sosteniendo que los conductores tienen libertad para conectarse o desconectarse del sistema y aceptar o no la solicitud, sin que se hayan probado represalias al hacerlo. Asimismo, el cliente puede modificar el precio fijado para el recorrido por la aplicación (desconectándose y volviendo a conectarse), los conductores no usan uniforme y el que existan bonos por conectarse en fechas claves, no es necesariamente un rasgo de laboralidad.

Pasaron cinco años antes que otra sentencia reactivara el debate judicial sobre la laboralidad del trabajo vía plataformas digitales en Chile, esta vez respecto de las plataformas de reparto. En la causa RIT M-724-2020, el Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción acogió la demanda de un *rider* de PedidosYa, declarando –por primera vez en nuestro país– la existencia de una relación laboral entre las partes, y la nulidad y el carácter injustificado del despido del actor.

Esta sentencia reconoce que la idea clásica de subordinación "debe ser superada justamente por la existencia de estas plataformas tecnológicas cuya dinámica es completamente distinta". Añade que la libertad que alega la empresa "es aparente, siendo en definitiva falsa, pues bajo esta libertad para conectarse está la sanción de ser bajado de calificación, de no poder elegir el turno que mejor remuneración le entregue, pudiendo incluso ser dado de baja de la aplicación, el actor tampoco tiene libertad sobre cómo realiza su función, pues está condicionado a los pasos que le otorga la demandada y siempre está siendo calificado a fin de comprobar si cumple su cometido conforme a las instrucciones de la demandada, siendo castigado si no lo hace, con una baja calificación que termina incidiendo en sus remuneraciones". Luego de un detallado análisis de los indicios de laboralidad concluye que "se trata de una solapada forma de ejercer el control sobre el actor, fijar la jornada de trabajo y la remuneración asociada al cumplimiento aparentemente voluntario de las normas que el empleador ha determinado y que no son otra cosa más que la manifestación del vínculo de subordinación y dependencia". Asimismo, descarta la existencia de un contrato

civil en la circunstancia que el trabajador no tuviera injerencia en la tarifa que se le cobraba a los usuarios y el hecho que la responsabilidad frente a clientes era asumida por la empresa. Lo anterior configura otro elemento de la relación laboral, cual es la ajenidad de los servicios, nota distintiva indispensable del tipo de trabajo que regula el Derecho del Trabajo[18].

Finalmente, particular interés han despertado dos demandas de tutela laboral, radicadas ante el Primer y Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, presentadas por un grupo de repartidores dados de baja por PedidosYa. Reclaman, en lo principal, la declaración de existencia de relación laboral y el pago de prestaciones laborales y previsionales adeudadas. Con todo, lo peculiar de estas causas es que son las primeras con litis consorcio activo, en las que además se reclama la declaración de los despidos como antisindicales (habrían sido motivados por la intención de crear un sindicato, y por diversas manifestaciones de los repartidores en el marco de paros internacionales del sector).

En una de ellas[19], el tribunal rechazó la demanda porque la parte demandante no habría logrado acreditar la existencia de una relación laboral en los términos que exige el Código del Trabajo. "No debemos olvidar que los actores concurrieron libremente a celebrar y firmar el contrato de prestaciones de servicios, instrumento en el cual se establecían las condiciones que ellos conocían en forma previa, rigiendo en tal caso el principio de autonomía de la voluntad"[20].

La sentencia desconoce abiertamente la naturaleza y los principios del Derecho del Trabajo. Asume que los repartidores tienen igual poder que la empresa PedidosYa para negociar y pactar las condiciones de la prestación de servicios, lo que a todas luces es irreal. Arguyendo falta de prueba, descarta una contundente batería de indicios de laboralidad, coincidentes casi en su totalidad con los que se consideraron suficientes por el tribunal laboral y Corte de Concepción para concluir exactamente lo contrario.

---

18 La Corte de Apelaciones de Concepción confirmó esta sentencia, rechazando el recurso de nulidad interpuesto por la empresa, invocando principalmente los principios de supremacía de la realidad e *indubio pro operario* (Rol Nº 395-2020).

19 RIT T 980-2020, Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago.
La segunda causa mencionada se tramita ante el Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, con el mismo RIT, y se encuentra todavía pendiente de sentencia, en etapa de juicio.

20 Esta sentencia fue recurrida de nulidad por los demandantes. La resolución del recurso se encuentra pendiente al cierre de este trabajo (Rol Nº 1864-2021, Corte de Apelaciones de Santiago).

4. LA APROXIMACIÓN LEGISLATIVA

En materia legislativa, cinco proyectos de ley han presentado propuestas de regulación del fenómeno de las plataformas digitales; dos de ellos acotados a la regulación de las plataformas de transporte de pasajeros –también conocidos como "Proyectos UBER"–; otro, que bajo el título de modernización laboral para la conciliación de trabajo, familia e inclusión, regula, entre otras materias, el trabajo bajo plataformas digitales; y otros dos, dedicados específicamente al vínculo jurídico entre los trabajadores y las plataformas de servicios.

El primero de estos proyectos (Boletín Nº 10.937-15, de 25 de octubre de 2016) se inició por mensaje presidencial de la ex Presidenta Michelle Bachelet y pretendía modernizar el sistema de transporte remunerado de pasajeros, incorporando a aquellos oferentes que prestan el servicio mediando plataformas digitales que conectan la oferta y la demanda.

El proyecto declara como objetivo "establecer las condiciones bajo las cuales las entidades operadoras de plataformas tecnológicas que intermedien el encuentro entre oferta y demanda de servicios de transporte remunerado de pasajeros puedan ofrecer sus servicios". Estas condiciones persiguen permitir la convivencia entre los taxis de transporte público de pasajeros y aquellos vehículos ofertados a través de plataformas, y también modernizar este mercado, a través del fomento del uso de la tecnología con el objeto de hacer más eficiente el servicio de transporte y reducir las externalidades negativas.

Así, el referido proyecto reserva a los taxis el transporte de pasajeros de demanda espontánea en las calles, no así el de demanda a través de medios digitales, el que podrá ser utilizado tanto por los taxis (y "deseablemente", podría precisarse, si lo relacionamos a la formación del fondo para la innovación del transporte remunerado de pasajeros) como por los vehículos conectados a través de plataformas. Por otra parte, el servicio de transporte de pasajeros prestado por las plataformas podrá brindarse a través de taxis o de vehículos aptos para el servicio. En este último caso, los vehículos deberán cumplir altos estándares de confort y tecnología, tendrán un número de kilometros determinados y pagarán un valor por kilómetro recorrido el que será fijado por una comisión de expertos. Por otra parte, le impone a las plataformas el requisito de inscripción en un registro administrado por el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, la exigencia de licencia profesional para los conductores, y la entrega de información al Ministerio señalado sobre lugares de recogida y bajada de pasajeros, hora y duración de los viajes y evaluación del viaje.

A fines del año 2017, el Ejecutivo incorporó indicaciones al proyecto, que aportaron mayores restricciones al funcionamiento del servicio (autorizaciones, intranferibilidad de las mismas, cuota máxima por región y restricción de funcionamiento territorial de acuerdo con el lugar determinado en la autorización, etc.). Además se integró la obligación de contratar seguros de protección tanto para el conductor como para los pasajeros.

Se extraña en este proyecto una definición expresa de la naturaleza jurídica del vínculo de los conductores con las plataformas. Sin perjuicio de ello, es posible inferir del paralelismo que hace con los taxis, que en definitiva la propuesta institucionaliza la vinculación que reconocen las plataformas con los conductores, la de "colaboradores", y en tal sentido, trabajadores independientes, respecto de los cuales no aplica la tutela laboral[21].

El segundo proyecto (Boletín Nº 11.934-15, de 20 julio de 2018), también nacido por mensaje presidencial, esta vez del segundo Gobierno del Presidente Sebastián Piñera, recoge gran parte del proyecto anterior y se propone regular las aplicaciones de transporte remunerado de pasajeros y los servicios que a través de ellas se prestan. La diferencia más relevante entre ambos proyectos dice relación con la identificación, en este último, de las "Empresas de Transporte de Aplicaciones" (en adelante, EAT), personas jurídicas que deben constituirse en Chile para poder funcionar, siendo éstas las que deben inscribirse en un registro y no así las plataformas, como se indicaba en el proyecto anterior. Las EAT son definidas en la propuesta legislativa como empresas de transporte remunerado de pasajeros, zanjando así para nuestra legislación la aún abierta discusión de si estas plataformas son empresas de tecnología o de transporte. Otros aportes de este proyecto a la iniciativa anterior son la exigencia de contratar seguros de responsabilidad civil para conductores y pasajeros; exigirles a los conductores de estos vehículos, además de licencia profesional, certificado de antecedentes especiales respecto a determinados delitos de connotación social; adicionar exigencias a las características de los vehículos utilizados por las EAT relativos a la antigüedad y capacidad, y la autorización a los taxistas a que también puedan utilizar estas tecnologías para reemplazar el taxímetro.

21 Este proyecto no avanzó más allá del primer trámite constitucional en la Cámara de Diputados (2018). De la presentación de un nuevo proyecto sobre la materia, por el nuevo Gobierno del Presidente Piñera, se desprende que no continuará su tramitación.

Al igual que el proyecto anterior, en el del 2018 tampoco se hace referencia a la relación jurídica existente entre las EAT y los trabajadores que prestan servicios para las mismas, limitándose la regulación a exigir a las plataformas la contratación de seguros de responsabilidad civil que protejan a estos trabajadores y a los pasajeros, como el símil que exige la regulación actual a los taxis de pasajeros[22].

El tercer proyecto de ley sobre la materia (Boletín Nº 12.475-13, de 14 de marzo de 2019), regula el contrato de los trabajadores que desarrollan labores en Plataformas Digitales de Servicios (en adelante, PDS). Iniciado por moción parlamentaria de diputados del Frente Amplio, se centra en el vínculo jurídico entre trabajadores y plataformas, y más precisamente, de aquellas PDS, entendiendo por tales "toda persona jurídica que ofrece sus prestaciones a través de una infraestructura digital cuyo propósito es organizar y controlar, por medio de algoritmos y personas, la realización de los servicios, conectando a los trabajadores con proveedores de productos y con los clientes que los solicitan"[23].

Esta propuesta legislativa se enfoca en la definición de la naturaleza del vínculo que une a las empresas con sus trabajadores, optando por una presunción legal especial de laboralidad. "Para la existencia del contrato entre el trabajador o la trabajadora y la Plataforma Digital de Servicios bastará que aquel o aquella acepte los términos y condiciones que regularán la realización de sus labores".

Este proyecto reconoce la calidad de trabajadores dependientes a las personas que prestan los servicios ofrecidos por las PDS, sujetos a contratos de trabajo y, por lo tanto, protegidos por la legislación laboral y de seguridad social. Sin perjuicio de lo anterior, propone ciertas particularidades que buscan acercar la legislación general al modelo de negocio que plantean las plataformas. Entre las reglas especiales aplicables a este contrato de trabajo destacan las siguientes[24]:

- La relación de las PDS con los trabajadores que prestan los servicios ofrecidos a sus clientes es una relación de trabajo, y deberá ordenarse en un contrato de trabajo que, si bien es definido específicamente

22 Este proyecto se encuentra actualmente en segundo trámite legislativo, aprobado en general en el Senado, sin urgencia.

23 Este proyecto no se agota en las hipótesis de EAT ni aborda a los otros tipos de plataformas en que no se encuentra el criterio del control sobre los aspectos esenciales del trabajo.

24 De acuerdo al proyecto, en todo lo demás (por ejemplo, derechos colectivos o tutela de derechos fundamentales) los trabajadores que prestan servicios a una PDS gozarán de los derechos de general aplicación contenidos en el Código del Trabajo.

en el proyecto, mantiene la estructura de la definición general del artículo 7 del Código del ramo, con ciertas particularidades.

- En relación con la manera de prestar los servicios, el proyecto reconoce una mediación de la infraestructura digital, que permite contactar con los clientes del servicio ofrecido por la PDS.
- El proyecto impone a las PDS la obligación de informar de forma completa y exhaustiva a sus trabajadores sobre las condiciones bajo las cuales deberán realizarse los servicios, cómo serán evaluados y remunerados, entendiendo esta materia como de gran opacidad actualmente. Lo propio ocurre con la protección y portabilidad de datos de los trabajadores.
- Respecto al lugar de trabajo, y sumándose a la excepción ya presente en el artículo 7 del Código del Trabajo, para estos trabajadores será toda la zona geográfica que comprenda la actividad de la empresa.
- En cuanto a la jornada, el proyecto propone respetar la flexibilidad propia de esta forma de trabajo. Considera jornada de trabajo todo el tiempo durante el cual el trabajador se encuentre a disposición de la PDS, a partir del acceso a la infraestructura digital y hasta que se desconecte voluntariamente. Los trabajadores tendrán libertad para escoger sus horarios y cantidad de trabajo, es decir, en qué momento y cuántas horas se conectan a la infraestructura digital. En todo lo demás, serán aplicables las normas generales sobre jornadas y descansos establecidas en la legislación laboral.

  A su vez, el proyecto define la jornada pasiva como el tiempo en que el trabajador está conectado a la aplicación sin realizar labores por causas que no le son imputables. La remuneración por dicho tiempo no podrá ser inferior al sueldo mínimo aprobado por ley, sin perjuicio de las formas de tarificación de pago por servicios realizados.
- Los equipos y materiales necesarios para la ejecución de los servicios prestados por el trabajador deberán ser proporcionados por la PDS. Si se conviene que los ponga a disposición el trabajador, deberá ser compensado por ello y contar con un seguro para cubrir eventuales daños.
- En la implementación de los algoritmos, la PDS deberá respetar el principio de igualdad y de no discriminación, particularmente en la

asignación de trabajo, oferta de bonos e incentivos, cálculo de remuneraciones, entre otros.

- Para la determinación de las indemnizaciones legales por término de contrato, se considerará como base de cálculo la remuneración promedio del último año trabajado, se excluirán aquellos meses no trabajados y se tendrán en consideración los años de servicio.

Resulta interesante la opción por la laboralidad que presenta este proyecto, resolviendo con éxito cuestiones como el perfeccionamiento del contrato o la determinación de las remuneraciones, sanciones y otras materias relativas al control. Con menos éxito, quizás, resuelve el problema de la jornada. Partiendo correctamente de la flexibilidad en la jornada autoimpuesta por el trabajador ("jornada autónoma"), la misma se vuelve meramente declarativa si no se regula el ejercicio del derecho al descarte del encargo de la plataforma y sus consecuencias. Asimismo, los límites diarios, continuos y semanales a la jornada de trabajo resultan poco compatibles con la autonomía de la jornada, por lo que podría resultar más adecuado regular este tema desde el descanso o la desconexión. Finalmente, la regulación de la jornada pasiva y su consideración para el ingreso mínimo, presenta especiales dificultades a un modelo de negocio en el que el volumen de eventuales trabajadores es central para su éxito, y en el que al ser *on demand* depende esencialmente de la existencia y volumen de demanda[25].

El cuarto proyecto (Boletín Nº 12.618-13) fue ingresado por el Poder Ejecutivo el 14 de mayo de 2019 y entre diversas materias abordadas, bajo el objetivo común declarado de modernizar el ordenamiento laboral para la conciliación del trabajo, la familia y la inclusión, también lo hace sobre el trabajo en plataformas. Este proyecto del Gobierno propuso la incorporación de un nuevo artículo 8 bis al Código del Trabajo, en el que se señalan como no laborales los servicios prestados por personas naturales a través de plataformas digitales de intermediación, siempre y cuando: a) Estos prestadores de servicios no tengan obligación de exclusividad; b) Tengan libertad para determinar la oportunidad y tiempo destinado a prestar los

25 Al cierre de este trabajo, este proyecto se encuentra en segundo trámite constitucional, en la Comisión de Trabajo del Senado, sin urgencia.

servicios; y c) No concurran los elementos del contrato de trabajo previstos en el artículo 7 de la norma citada.

Su foco es, en lo que a las plataformas se refiere, determinar la naturaleza del vínculo contractual entre los trabajadores y las plataformas digitales, optando por la no laboralidad. Es más, considera que no serían por sí solos indicios de laboralidad la entrega de directrices estrictamente necesarias e imprescindibles para prestar los servicios, la definición del precio e incentivos, la distribución de gastos y reembolsos por parte de la empresa de plataforma, las modalidades de intercambio de información con los usuarios de las plataformas, la fijación de una calidad de servicio esperada y de las circunstancias de término del vínculo comercial, así como el detalle de las medidas y los equipos de seguridad que deban ser utilizados por los prestadores. Es decir, esta propuesta legislativa deslaboraliza indicios que han sido utilizados por otras jurisdicciones, precisamente para determinar la laboralidad de estas relaciones jurídicas[26].

El último proyecto de ley sobre la materia (Boletín Nº 13.496-13, de 13 de mayo de 2020) fue presentado por un grupo transversal de senadores, y este año ha sido patrocinado por el Gobierno, a través de la presentación de suma urgencia para su tramitación[27].

Esta iniciativa propone tres escenarios jurídicos para el trabajo mediante plataformas digitales de servicios: un contrato de trabajo de los trabajadores de plataformas digitales dependientes, un contrato de los trabajadores de plataformas digitales independientes, y unas normas comunes aplicables a ambos. Al efecto, entiende por PDS "aquella organización que, a título oneroso, administra o gestiona un sistema informático o de tecnología ejecutable en aplicaciones de dispositivos móviles o fijos que permite que un trabajador de plataformas digitales ejecute servicios, para los usuarios de dicho sistema informático o tecnológico, en un territorio geográfico específico, tales como el retiro, distribución y/o reparto de bienes o mercaderías, el transporte menor de pasajeros, u otros".

26 Este proyecto detuvo muy tempranamente su tramitación, en el primer trámite consitucional en el Senado, principalmente por el cambio de prioridades legislativas tras el estallido social de 2019. Es altamente improbable que retome discusión, dado el patrocinio del Gobierno a un nuevo proyecto, presentado por senadores.

27 A la fecha de cierre de este trabajo, el proyecto se encuentra en segundo trámite constitucional en la Cámara de Diputados, en discusión en la Comisión de Trabajo y Seguridad Social.

Respecto de los trabajadores de plataformas digitales que presten servicios personales para una empresa de PDS bajo vínculo de subordinación y dependencia regirá la presunción genérica de laboralidad. Sin embargo, se plantean algunas particularidades a este contrato especial de trabajo, varias muy similares a las contempladas en el proyecto presentado por diputados del Frente Amplio: protección de datos personales, zona geográfica de prestación de servicios, información básica del algoritmo, distribución flexible de la jornada. En otros aspectos, empero, hay diferencias o matices con la propuesta anterior:

- Se debe designar un canal oficial donde el trabajador pueda presentar sus objeciones, reclamos o requerimientos respecto de los pagos recibidos, el registro de sus labores, la asignación de las mismas y la evaluación que los clientes realizan acerca de su labor.
- En materia de tiempos de trabajo, no se contempla la jornada pasiva, no obstante la remuneración por hora efectivamente trabajada no podrá ser inferior a la proporción del ingreso mínimo mensual determinado por ley, incrementado en un veinte por ciento, el que tendrá por objeto remunerar los tiempos de espera, así como cualquier otro tiempo de trabajo no efectivo a los que pueda estar sujeto el trabajador.
- Se les exceptúa del descanso dominical.

Mucho más discutible es la nueva figura que crea este proyecto: el contrato de trabajadores de plataformas digitales independientes, previsto para aquellos casos en que no concurren los elementos de la presunción genérica de laboralidad. Esto es, la empresa de PDS deberá limitarse a coordinar el contacto entre el trabajador de plataformas digitales independiente y los usuarios de ésta, sin perjuicio de establecer los términos y condiciones generales que permitan operar a través de sus sistemas informáticos o tecnológicos. Las principales reglas previstas para este contrato son:

- La empresa de PDS deberá pagar al trabajador de plataformas digitales independiente los honorarios que correspondan por los servicios efectivamente prestados a sus usuarios. Los honorarios por cada hora de servicios efectivamente realizados no podrán ser inferiores a la proporción del ingreso mínimo mensual determinado por ley, aumentado en un veinte por ciento (si los honorarios efectivamente devengados fueren menores, la empresa deberá pagar la diferencia).

- El trabajador de plataformas digitales independiente tendrá derecho a acceder a cobertura de seguridad social, cotizando según resulta aplicable.
- La empresa de PDS deberá resguardar el cumplimiento de un tiempo de desconexión mínimo del trabajador de plataformas digitales independiente de doce horas continuas dentro de un período de veinticuatro horas.
- La empresa de PDS deberá dar aviso previo por terminación del contrato del trabajador de plataformas digitales independiente.
- La empresa de PDS deberá respetar las garantías constitucionales del trabajador de plataformas digitales independiente. Sin embargo, en una regla particularmente cuestionable, sólo permite la acción de tutela laboral en el caso que estos trabajadores hayan prestado servicios a través de una determinada plataforma por, a lo menos, 30 horas cada semana, durante los últimos tres meses.

Finalmente, el proyecto plantea ciertas normas comunes, aplicables a los trabajadores de plataformas digitales dependientes e independientes: derecho de información sobre el servicio ofrecido, derecho de protección de datos personales, derecho a la capacitación y elementos de protección, y derechos colectivos.

5. CONCLUSIONES

La economía bajo demanda (*on demand economy*) se refiere al conjunto de negocios que tienen como rasgo común la utilización de una plataforma virtual en la que tiene lugar el encuentro entre oferta y demanda; distinguiendo a su vez la economía colaborativa (*sharing economy*) y el trabajo vía plataformas (*crowdsourcing* o *crowdwork*). Estas nuevas formas de trabajo, y en particular las que han sido objeto de análisis en este trabajo, están produciendo un fuerte impacto en los sistemas de relaciones laborales, en todo el Mundo.

En Chile, la pandemia y sus brutales efectos en el empleo han hecho aumentar de manera importante la cantidad de personas que prestan servicios a través de plataformas, y han puesto en evidencia la precariedad de estos trabajos (inseguridad, inestabilidad e insuficiencia de ingresos). La cuestión es especialmente sensible si se considera la afectación particular a colectivos de trabajadores que ya tenían una posición débil en el mercado laboral (jóvenes,

migrantes, desempleados). No hay ningún derecho que puedan reclamar sin que vayan a tribunales.

Ha de reconocerse que las plataformas o aplicaciones tecnológicas no son una actividad en si mismas. La actividad, en el caso de las plataformas más populares, es el reparto de bienes o mercaderías o el traslado de pasajeros. Esta cuestión es fundamental para identificar los problemas y proponer soluciones legislativas y jurisdiccionales. Aunque el debate sigue abierto, adscribo a la posición que considera que las empresas que administran las plataformas no son meras propietarias de una bases de datos o empresas tecnológicas, sino que intervenienen directamente en la prestación de este tipo de servicios.

A partir de ello, es posible encontrar diversos patrones comunes que apuntan hacia la laboralidad del trabajo vía plataformas digitales, a través de una reinterpretación de la noción funcional de subordinación: los incentivos para mantener porcentajes altos de aceptación de servicios, el control a través de GPS, la existencia de algoritmos y otras herramientas digitales de control de desempeño, entre otros muchos otros que se han indicado en este informe.

Los problemas que plantea el trabajo a través de plataformas viven un momento de particular ebullición en nuestro país. La pandemia y la consideración de estos trabajadores como esenciales, la proliferación de sentencias extranjeras, la organización y acción colectiva de estos trabajadores (a nivel local e internacional), los avances de proyectos de ley en trámite y el activo escenario judicial interno, parecen indicar que ha llegado la hora de ponerle el cascabel al gato.

Las sentencias contradictorias ratifican la necesidad y urgencia de dar una respuesta legal a los problemas derivados del trabajo vía plataformas digitales. Las soluciones judiciales, además de mantener la inseguridad jurídica, operan *ex post* y con efecto relativo, y en el intertanto, los trabajadores quedan en el descampado de la absoluta precariedad.

Para disminuir la inseguridad jurídica que supone dejar la calificación jurisprudencial de este tipo de relaciones a la suerte de la presunción genérica de laboralidad, parece necesario robustecerla desde la vereda legal, ya sea descartando las fórmulas deslaboralizadoras que incorporan algunos de los proyectos de ley

comentados[28], ya sea pensando una presunción inversa del estilo de la que se intentó en la ley de California[29].

Definido lo anterior, queda el desafío más importante, cual es hacerse cargo de los diversos problemas específicos que plantea esta forma de trabajo, entre los que destacan: a) Identificar los nuevos factores de riesgo laboral y el incremento de los existentes que plantea el trabajo vía plataformas digitales, y proyectar instrumentos de protección social para el caso chileno; b) Analizar las nuevas características del control de la prestación de servicios en el trabajo vía plataformas, y su incidencia en los derechos fundamentales del trabajador, conforme al actual contexto normativo chileno del derecho de autodeterminación informativa; y c) Valorar las dificultades que plantea la economía de plataformas a la consistencia organizativa y acción colectiva, dadas las insuficiencias normativas del modelo chileno, y aportar elementos para el rediseño del ordenamiento sindical en este nuevo contexto.

En definitiva, el soporte jurídico de protección del trabajo prestado en fórmulas de economía de plataformas está en construcción, y ha de resistir a los embates flexibilizadores que pueden encostrar espacios de precarización laboral.

BIBLIOGRAFÍA

ALOISI, Antonio (2016): "Commoditized workers: case study research on Labor Law issues arising from a set of on-demand / gig economy platforms", en *Comparative Labor Law & Policy Journal*, University of Illinois (Nº 37).

ASENJO, Antonia; CODDOU, Alberto (2021): *Economía de plataformas y transformaciones en el mundo del trabajo: el caso de los repartidores en Santiago de Chile* (Chile, OIT Cono Sur).

COMISIÓN MUNDIAL SOBRE EL FUTURO DEL TRABAJO (2019): *Trabajar para un futuro más prometedor* (Suiza, OIT).

COMISIÓN NACIONAL DE PRODUCTIVIDAD (2018): *Tecnologías disruptivas,* en http://www.comisiondeproductividad.cl/wp-content/uploads/2018/01/Presen-

28 Así ocurre en el proyecto presentado por el Gobierno en 2019, y en el proyecto presentado por un grupo de senadores en 2020, patrocinado por el Gobierno en 2021.

29 Dicha ley establecía una presunción que hacía recaer sobre la empresa la carga de probar la ausencia de laboralidad. Con matices, en esta línea se ubica la presunción especial de laboralidad del proyecto de ley presentado por el Frente Amplio en 2018.

tacion_Informe_Preliminar_Tecnologias_Disruptivas-9_de_enero_de_2018.pdf (visitado el 2 de julio de 2021).

CRUZ, Jesús (2020): "El debate en torno a la adaptación o superación de la subordinación como elemento referencial del Derecho del Trabajo ante las nuevas formas de trabajo", en *Labour & Law Issues* (Vol. 6, Nº 2).

DAGNINO, Emanuele (2016): "Labour and Labour Law in time of the on-demand economy", en *Revista Derecho Social y Empresa*, España (Nº 6).

DEGRYSE, Christophe (2016): *Digitalisation of the economy and its impact on labour markets* (Bélgica, ETUI).

DÍAZ, Antonia (2018): "Nuevas formas de trabajo: reflexiones en torno a la aplicación de Uber", en *Revista de Estudios Ius Novum* (Vol. 11, Nº 1).

DOMÉNECH, Gabriel (2015): "La regulación de la economía colaborativa", en *Revista CEF Legal*, España (Nº 175-176).

FAIRWORK (2021): *Puntuaciones 2021: Estándares laborales en la Economía de Plataformas* (Chile, Fairwork).

FUDGE, Judy (2017): "The future of the standard employment relationship: Labour Law, new institutional economics and old power resource theory", en *Journal of Industrial Relations* (Nº 59, 3).

GAUTHIER, Gustavo (2016): "Impacto de las nuevas tecnologías en el mundo del trabajo", en *XXVII Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (Uruguay, Fundación de Cultura Universitaria).

INTERNATIONAL LAWYERS ASSISTING WORKERS NETWORK (2021): *Taken for a ride. Litigating the digital platform model* (Estados Unidos, ILAW).

LIZAMA, Luis; LIZAMA, Diego (2020): *El Derecho del Trabajo en las nuevas tecnologías* (Chile, DER Ediciones).

MESA TÉCNICA LABORAL (2018): *Informe final mesa técnica laboral: Desafíos para la modernización del mercado laboral y las nuevas formas de empleo* (Chile, Ministerio del Trabajo y Previsión Social).

MESA TÉCNICA LABORAL (2020): *Informe final mesa técnica laboral: Plataformas digitales de servicios* (Chile, Ministerio del Trabajo y Previsión Social).

MUÑOZ, Boris (2018): "Uber, la subordinación y las fronteras del Derecho del Trabajo. Algunas ideas para delimitar", en *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (Vol. 9, Nº 17).

PALOMO, Rodrigo (2020): "Un hito en la vía judicial para reconocer derechos en el trabajo vía plataformas digitales en Chile", en *Noticias CIELO Laboral* (Nº 9).

TODOLÍ, Adrián (2017): *El trabajo en la era de la economía colaborativa* (España, Tirant Lo Blanch).

SHUK-CHING, T. (2019): "Independent workers: growth trends, categories and employee relations implications in the emerging Gig Economy", en *Employees responsibilities and rights journal* (Vol. 31, issue 1).

UGARTE, José Luis (2008): "Inspección del Trabajo en Chile. Vicisitudes y desafíos", en *Revista Latinoamericana de Derecho Social* (Nº 6).

UGARTE, José Luis (2020): "Trabajo en empresas de plataforma: subordinación y más allá", en *Revista Chilena de Derecho Privado* (Nº 35).

RETOS Y DESAFÍOS DEL TELETRABAJO EN MÉXICO

ADRIÁN PÉREZ PASTRANA

Socio de la práctica Laboral y de Seguridad Social en "De La Vega Consultores Legales, S.C." en la Ciudad de México.

ABSTRACT The COVID-19 pandemic has represented several challenges, but one of them is the fact of finding new ways to guarantee the continuity of the economic activities. In consequence, the present paper addresses the new legal dispositions of Telework added recently to the Mexican Federal Labor Law, analyzing the rights and obligations for authorities, employers and teleworkers. Also, we make a brief tour of the most representative successes and shortcomings of the new regulation and finally exposing, from our perspective, the challenges that will be faced in order to take advantage of teleworking as a tool to increase productivity but looking forward for a balance between work and personal and family life.

KEYWORDS: Teleworking - Mexico – Challenges.

"1.- No contamines, teletrabaja.
2.- Si estuviera teletrabajando, ahora estaría en casa.
3.- Trae el trabajo hacia el trabajador.
4.- El trabajo es lo que haces, no donde lo haces.
5.- El trabajo no es un lugar.
6.- Que se mueva la información, no la gente.
7.- Mi otro auto es una computadora.
8.- El teletrabajo es el camino menos transitado.
9.- Maneja información, no el auto hacia el trabajo.
10.- El teletrabajo salva vidas.[1]*"*

1. INTRODUCCIÓN

El inicio de la tercera década del siglo XXI se presenta ante nosotros como uno de los más retadores en la historia moderna de la humanidad. A las diversas crisis que la sociedad ha venido enfretando día a día, tanto de naturaleza económica, como tensiones entre países o desastres naturales, se ha presentado una más, quizá la más dificil y terrorífica de los últimos tiempos, la pandemia derivada por COVID-19 (coronavirus).

Dicho virus, que ha representado una gran mortandad a nivel mundial, ha impulsado que la sociedad encuentre una nueva forma de continuar trabajando para subsistir, esto es, aprovechando el uso de los medios tecnológicos. El

1 Frases de cabecera para los teletrabajadores, creadas por la Canadian Telework Association y la consultora canadiense Innovision, consultado el 9 de julio de 2021, disponible en: https://redtelework.com/frases-para-los-teletrabajadores/

cierre de comercios, oficinas y centros de trabajo decretados por los gobiernos de diversos países, con el fin evitar concentrar a grandes grupos de personas para tratar de erradicar o disminuir la pandemia, provocaron que empleadores y trabajadores incrementaran el uso de herramientas tecnológicas para tratar de preservar su fuente de empleo.

"A decir de la Organización Internacional del Trabajo ("OIT"), al menos 23 millones de personas han transitado por el teletrabajo en América Latina y el Caribe. Es decir, el trabajo remoto surge como un mecanismo para tratar de garantizar la continuidad de ciertas actividades económicas y en consecuencia, mantener de manera activa las relaciones laborales[2]".

En tal sentido, México no fue la excepción, "al inicio de la pandemia sólo 2 de cada 10 empresas se dijeron listas para implementar el trabajo a distancia desde casa (medida también para prevenir contagios), esto a pesar de 70 por ciento de los sectores laborales podían hacerlo, detalló en un análisis de marzo de 2020 The Competititve Intelligence Unit (CIU).[3]"

La pandemia impulsó al Congreso Mexicano a incluir en la Ley Federal del Trabajo (en adelante "LFT") una serie de artículos encaminados a intentar regular el trabajo a distancia, por lo que el pasado 11 de enero de 2021 entró en vigor un capítulo dentro del Título Sexto del denominado "trabajos especiales[4]" para determinar los alcances, derechos y obligaciones de los trabajadores y empleadores para desempeñar labores en la modalidad denominada "Teletrabajo".

---

2 Nota técnica. Serie Panorama laboral en América Latina y el Caribe 2021. Desafíos y oportunidades del teletrabajo en América Latina y el Caribe, consultado el 7 de julio de 2021, disponible en: https://www.ilo.org/americas/sala-de-prensa/WCMS_811302/lang--es/index.htm

3 CASTRO Jonathan. Teletrabajo, la revolución que vamos a vivir pos-pandemia. Nota publicada el 26 de marzo de 2021 por diario Excélsior. México. Consultado el 9 de julio de 2021, disponible en: https://www.excelsior.com.mx/nacional/teletrabajo-la-revolucion-que-vamos-a-vivir-pospandemia/1439988

4 Al respecto el título Sexto de la LFT, contempla, además del teletrabajo, los siguientes trabajos especiales: i) Trabajadores de confianza; ii) Trabajadores de buques; iii) Trabajo de tripulaciones aeronáuticas; iv) Trabajo ferrocarrilero; v) Trabajo de autotransportes; vi) Trabajo de maniobras de servicio público en zonas bajo jurisdicción federal; vii) Trabajadores del campo; viii) Agentes de comercio y otros semejantes; ix) Deportistas profesionales; x) Trabajadores actores y músicos; xi) Trabajo a domicilio; xii) Trabajadores del hogar; xiii) Trabajadores de minas; xiv) Trabajo en hoteles, restaurantes, bares y establecimientos análogos; xv) Industria familiar; xvi) Trabajo de médicos residentes en periodo de adiestramiento en una especialidad y xvii) Trabajo en universidades e instituciones de educación superior autónomas por ley. Dichos trabajos especiales tienen, como el teletrabajo, características que los hacen particulares frente a los trabajos no contemplados como especiales, tales como la jornada de labores o el salario por mencionar ejemplos.

Al respecto, la LFT define al teletrabajo[5] como "aquella forma de organización laboral subordinada que consiste en el desempeño de actividades remuneradas, en lugares distintos al establecimiento del patrón, por lo que no se requiere la presencia física de la persona trabajadora bajo la modalidad de teletrabajo, en el centro de trabajo, utilizando primordialmente las tecnologías de la infomación y comunicación, para el contracto y mando entre la persona trabajadora bajo la modalidad de teletrabajo y el patrón."

Nuestra legislación laboral mexicana, que durante muchos años marchaba un paso atrás de los avances tecnológicos, empieza ahora a trazar los primeros lienzos hacia una nueva regulación laboral pensada en aprovechar nuevos recursos y que sin duda, deberá enfrentar grandes retos para garantizar que la continuidad de las actividades económicas y el mantenimiento de las relaciones laborales a través de la modalidad remota, esto como consecuencia de la premura derivada de la pandemia de COVID-19.

En cosecuencia, el presente análisis tiene por objeto, presentar al lector un breve marco normativo, es decir, el contenido del nuevo capítulo de la LFT denominado "Teletrabajo", así como escudriñar los elementos principales de dicha modalidad considerando la realidad actual que México enfrenta con el manejo de la pandemia; su impacto en esta nueva regulación laboral especial y los retos que ello implica en el futuro no muy distante para todos los actores relacionados (empleador-teletrabajador-autoridades laborales).

2. REGULACIÓN: DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS EMPLEADORES Y TELETRABAJADORES

Como vimos al inicio del presente análisis, la LFT la considera como un trabajo "especial" y define al teletrabajo como aquél que puede prestarse sin la necesidad de la presencia física de un trabajador en un centro de trabajo y utilizando herramientas y medios tecnológicos para mantener una comunicación y en consecuencia establecer ese vínculo de subordinación como elemento natural de una relación laboral, sin embargo, al revisar con detalle, nos encontraremos con diversos elementos que hacen que una relación laboral remota deba operar

5 Decreto por el que se reforma el artículo 311 y se adiciona el capítulo XII Bis de la Ley Federal del Trabajo, en materia de Teletrabajo. Artículo 330-A, consultado el 25 de junio de 2021, disponible en: http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5609683&fecha=11/01/2021

con mayores requisitos que dotar de una herramienta tecnológica al empleado para la ejecución de sus labores.

Primeramente, es importante señalar los límites que la LFT indica respecto del momento en que podrá ser considerado teletrabajo atendiendo al desarrollo de labores ya sea en el centro de trabajo o en el domicilio del trabajador.

Es por ello que la LFT, en su artículo 330-A[6] penúltimo y último párrafo, se indica que la aplicación de las disposiciones contenidas en el capítulo en materia de teletrabajo, serán de aplicación obligatoria para aquellas relaciones laborales que se desarrollen más de el cuarenta por ciento (40%) del tiempo en el domicilio del trabajador o en el domicilio elegido por éste. No será considerado teletrabajo aquel que se realice de forma ocasional o esporádica.

Previo a la pandemia, que, como hemos comentado, orilló a regular al trabajo remoto o teletrabajo, ya exisitían algunos empleadores que promovían, a efecto de incrementar la productividad, el trabajar desde casa en determinados días y horas de la jornada laboral, ejecutando en algunos centros de trabajo políticas conocidas como "*home office / trabajo en casa"* o de *"flex work / flexibilida en el trabajo";* por lo que atendiendo al límite establecido por la LFT, se permitirá que puedan continuar operando este tipo de políticas y prácticas para mantener un sistema combinado, es decir, no es teletrabajo, ya que las actividades se realizan parcialmente desde casa (en un margen no mayor al 40%) pero cuidando algunos aspectos incluidos en la legislación, como puede ser el derecho a la desconexión, o las políticas para resguardo de información sensible y/o de uso de herramientas.

Ahora bien, cuando un empleador opte por implementar en su totalidad la modalidad de teletrabajo, nos indica la LFT, que deberá cumplir con las siguientes obligaciones particulares[7]:

- Proporcionar, instalar y encargarse del mantenimiento de los equipos necesarios para el teletrabajo, mismos que pueden ser el equipo de cómputo, sillas ergonómicas, impresoras. De dicha obligación, puede interpretarse que el empleador deberá entonces, proporcionar todo el material y herramientas necesarias al teletrabajador, desde

6 Decreto por el que se reforma el artículo 311 y se adiciona el capítulo XII Bis de la Ley Federal del Trabajo, en materia de Teletrabajo. Artículo 330-A, consultado el 25 de junio de 2021, disponible en: http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5609683&fecha=11/01/2021

7 Ídem, Artículo 330-E, consultado el 25 de junio de 2021.

aquellos insumos básicos como puede ser equipos computacionales hasta los más sencillos e indispensables como hojas, libretas y/o material de escritura en su caso.

- La modalidad de teletrabajo no exime al empleador de la obligación de pagar puntualmente los salarios tal y como hayan sido pactados. Dicha obligación también implica, respetar y garantizar las prestaciones legales y extralegales que las partes hubiesen pactado, tales como días de vacaciones, prima vacacional y aguinaldo.
- Asumir costos en el pago de los servicios de telecomunicación y parte proporcional de electricidad. Al respecto, la LFT es omisa en determinar la base de cálculo para determinar el pago proporcional de los servicios de electricidad en el que incurra el domicilio establecido por el teletrabajador.
- Llevar un registro de los insumos entregados a los teletrabajadores, ello en cumplimiento a las disposiciones en materia de seguridad y salud en el trabajo establezca la Secretaría del Trabajo y Previsión Social. Al respecto es importante destacar que al momento de la entrada en vigor del capítulo de Teletrabajo en la LFT, el Congreso Mexicano otorgó un plazo de dieciocho meses para publicar la Norma Oficial que contedrá las obligaciones de seguridad y salud en la presente modalidad[8].
- Tendrán el derecho y obligación de implementar los mecanismos que preserven la seguridad de la información y datos utilizados por los teletrabajadores. Es importante destacar que se trata de uno de los grandes retos que, con motivo de la modalidad, deberán enfrentar empleadores y teletrabajadores, puesto que tendrán información sensible día a día en posesión y alcance, en el domicilio particular señalado para prestar los servicios en la presente modalidad.
- Respeto al derecho a la desconexión. El empleador debe procurar que el teletrabajador preste sus servicios en las jornadas legalmente reguladas por la LFT[9] por lo que el teletrabajador podrá concluir sus

8 Ídem, Transitorio Segundo, consultado el 28 de junio de 2021.

9 Como regla general, la jornada de labores en México, según consta en el artículo 61 de la LFT, es de 8 horas la jornada diurna, siete horas la nocturna y siete horas y media la jornada mixta, que es aquélla que combina una parte de la jornada diurna con otra de la nocturna.

servicios en el horario pactado y el empleador la obligación de no requerirlo después de dicho horario a efecto de tener un balance y equilibrio en la vida personal y familiar.

- Como toda obligación y característica fundamental, en México los empleadores deben inscribir a todos sus trabajadores ante el Instituto Mexicano del Seguro Social ("IMSS") a efecto de que se les garantice el derecho fundamental a los servicios de salud y en su caso, el acceso a las pensiones en caso de cumplir con los requisitos de jubilación.
- Asimismo, los empleadores deberán formular y establecer los mecanismos para capacticar y asesorar a los teletrabajadores con el objeto de que se adapten y aprendan sobre el uso adecuado de las tecnologías que tendrán en la modalidad; de igual manera la LFT considera que se debe proporcionar una particular atención a los trabajadores que vayan a cambiar de modalidad presencial a la de teletrabajo, esto con el fin de que no exista un decremento en la productividad.

Como parte del presente análisis, los retos que implican dichas obligaciones, serán analizados en el apartado conducente, sin embargo consideramos importante recalcar que en la mayoría de ellos, tales como el derecho a la desconexión, pago de telecomunicaciones y proporcional de electricidad, la LFT no define el alcance y/o límites por completo de las mismas, lo que genera diversas interpretaciones al respecto, pudiendo tener un fuerte impacto en las relaciones laborales remotas.

Ahora bien, la LFT también atribuye obligaciones especiales que deberán cumplir en la modalidad todos los teletrabajadores sin excepción[10]:

- Preservar el mayor cuidado en la guarda, custodia y conservación de los equipos, materiales y útiles que reciban del empleador[11].

10 Decreto por el que se reforma el artículo 311 y se adiciona el capítulo XII Bis de la Ley Federal del Trabajo, en materia de Teletrabajo. Artículo 330-F, consultado el 28 de junio de 2021, disponible en: http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5609683&fecha=11/01/2021

11 Cabe señalar que si bien en el capítulo establecido para el Teletrabajo, la LFT no considera las consecuencias en caso de que el teletrabajador dañe las herramientas o insumos, sin embargo, al remitirse a las causales establecidas para rescindir la relación laboral sin responsabilidad para el empleador, si se encuentra dentro del artículo 47 fracción V y VI de la LFT la regulación en el que se faculta al empleador de concluir la relación laboral justificadamente si el trabajador ocasiona intencional o sin dolo, perjuicios materiales durante el desempeño de las labores o con motivo de ellas en obras, maquinarias, instrumentos, materias primas y demás objetos relacionados.

- Informar con oportunidad sobre los costos pactados para el uso de los servicios de telecomunicaciones y del consumo de electricidad. Si bien el teletrabajador debe informar al empleador, consideramos que es muy importante que se pacte en el contrato los comprobantes que serán tomados como válidos para demostrar el costo de dichos servicios.
- Obedecer y conducirse con apego a las disposiciones en materia de seguridad y salud que el empleador establezca. Para tal efecto, consideramos que sin lugar a dudas, el empleador establecerá dichas reglas, pero con la base y sustento de la Norma Oficial Mexicana que determine los requisitos de seguridad y salud en el teletrabajo cuando la misma sea publicada.
- Atender las políticas y mecanismos de protección de datos utilizados en el desempeño de sus actividades, así como restricciones de uso y almacenamiento.
- Tener derecho a la desconexión, es decir, estricto respeto a su jornada de trabajo para garantizar el equilibrio entre las labores cotidianas con motivo del trabajo y la vida personal y familiar del teletrabajador.

Dicho lo anterior, la LFT determina que tales derechos y obligaciones dirigidos al empleador y al teletrabajador deben constar por escrito en un contrato de trabajo[12] (estableciendo la modalidad de teletrabajo con las características anteriormente descritas); así también como el Reglamento Interior de Trabajo y en el Contrato Colectivo (en caso de que existan relaciones sindicales).

Con independencia de que en el centro de trabajo existan o no teletrabajadores, resulta imperativo que el empleador registre ante las Autoridades laborales su Reglamento Interior de Trabajo en el que se contengan por lo menos, los derechos y obligaciones mínimos antes señalados en caso de que se implemente la modalidad para algún trabajador en concreto.

12 En México, la LFT en su artículo 35 reconoce diversas modalidades de en los contratos de trabajo: i) la modalidad de prueba y ii) capacitación inicial, mismas que pueden adaptarse a los contratos por tiempo determinado o indefinidos, por lo que el Teletrabajo, estimamos, deberá ser considerado como una tercera nueva modalidad de los contratos de trabajo (aun cuando su regulación también forme parte de los denominados trabajos especiales).

3. ELEMENTOS ESENCIALES Y ELEMENTOS ADJETIVOS DEL TELETRABAJO

Ahora bien, si pensabamos que bastaba con respetar los derechos y obligaciones en las relaciones de teletrabajo, lo cierto es que la LFT añade una característica muy especial y que será la base de su implementación, esto es la voluntad.

Luego entonces, podemos identificar que la voluntad en la modalidad de teletrabajo consiste en aquélla "invitación" que el empleador le extienda al trabajador y éste la acepte para prestar sus servicios a distancia (en un domicilio pactado) y manteniendo comunicación y supervisión mediante el uso de herramientas tecnológicas.

Es por ello que consideramos que la modalidad de teletrabajo, al menos de conformidad con la legislación mexicana, se estableció con el objetivo de dotar al empleador la facultad de empezar a contratar los servicios personales y subordinados de nuevos trabajadores para que se mantengan de manera permanente como teletrabajadores, es decir, como regla general, el trabajo está dirigido a aquellas nuevas contrataciones cuyo fin es que se matengan de manera continua e indefinida, a distancia o remota en la modalidad de teletrabajo.

Por otro lado, derivado de la interpretación realizada al artículo 330-G de la LFT[13], podemos identificar la existencia de un tercer y cuarto elementos complementarios en la modalidad de teletrabajo: i) la fuerza mayor y ii) el derecho a la reversivilidad a la modalidad presencial.

Al respecto y de conformidad con nuestro análisis, identificamos, para efectos didácticos, que dichos elementos son adjetivos a los ya descritos con anterioridad (voluntad y constar por escrito), ya que cada uno de estos elementos aledaños operan bajo circunsntancias especiales y hasta cuestionables:

La fuerza mayor. La LFT establece, en el multicitado artículo 330-G que la modalidad de presencial a teletrabajo, deberá ser voluntario y establecido por

13 Artículo 330-G: "El cambio en la modalidad de presencial a teletrabajo, deberá ser voluntario y establecido por escrito conforme al presente Capítulo, salvo casos de fuerza mayor debidamente acreditada.
En todo caso, cuando se dé un cambio a la modalidad de teletrabajo las partes tendrán el derecho de reversibilidad a la modalidad presencial, para lo cual podrán pactar los mecanismos, procesos y tiempos necesarios para hacer válida su voluntad de retorno a dicha modalidad". Consultado el 30 de junio de 2021, disponible en: http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5609683&fecha=11/01/2021

escrito, salvo casos de *fuerza mayor* debidamente acreditada. Al respecto surgen los siguientes cuestionamientos:

¿Debe entonces el empleador aplicar de manera inmediata el Teletrabajo cuando suceda un evento o causa de fuerza mayor? ¿Quién o qué circunstancia determina tal causa de fuerza mayor? Ello implica la inexistencia de voluntad y por consiguiente el plasmar por escrito las obligaciones de la modalidad (implicando que muchas de las mismas no se cumplan).

La LFT no determina en el capítulo correspondiente al teletrabajo, cuál o cuáles son las causas de fuerza mayor para que el empleador tenga la obligación de implementar la modalidad de teletrabajo. En consecuencia, si profundizamos en el contenido de la LFT, encontraremos que si se prevén ciertas condiciones que afectan las relaciones laborales en general cuando existen causas de fuerza mayor.

En consecuencia, serán causales de terminación de la relación de trabajo la fuerza mayor o el caso fortuito[14], por lo que atendiendo a dicha disposición, resulta grave que el legislador no haya puesto una particular atención a dicha disposición ya que puede interpretarse que si existe alguna causa ajena al empleador (fuerza mayor), no existirá la facultad de transitar a la modalidad de teletrabajo, sino mas bien, se podría dar por terminada la relación de trabajo.

Al respecto, consideramos que el legislador mexicano trató, considerando los efectos de la pandemia por COVID-19 únicamente, regular el trabajo a distancia que obligó a muchos trabajadores y empleadores a optar para tratar de salvaguardar la economía y la relación de trabajo, pero que de manera tan prematura y sin un análisis general de las causales de terminación de las relaciones laborales, lleva a cuestionar si el legislador elevó a la fuerza mayor, como una forma de adoptar la modalidad del teletrabajo para no terminar la relación de trabajo.

Ahora bien, en la práctica, y al momento de redactar el presente análisis, es importante destacar que en el caso de México, todavía no se han implementado las inspecciones para revisar el nivel de cumplimiento que los empleadores tienen respecto de las relaciones en modalidad de teletrabajo, esperando quizá, como un pretexto, el momento en que se publique la Norma Oficial Mexicana al respecto en materia de seguridad y salud en el teletrabajo.

14 CAVAZOS FLORES, Baltazar, [et al.], Nueva Ley Federal del Trabajo: comentada, tematizada y sistematizada. 35ª Ed., México, Trillas, 2019, Artículo 434, Fracción I, P. 355.

De igual manera, en el caso de México, la pandemia por COVID-19 ha regulado los aforos tanto en lugares públicos, privados y centros de trabajo a través de semáforos epidemiológicos, por lo que, al día de hoy, los trabajadores que se encuentran trabajando de manera remota o en sus domicilios, no se han apegado tal cual a las obligaciones contenidas y reguladas en el capítulo de teletrabajo de la LFT.

Es por ello que mucho se ha cuestionado a la fuerza mayor, argumentando que no ha existido la voluntad (como el elemento esencial de teletrabajo) ya que ha sido impuesta una "cuarentena obligatoria" a través de dichos semáforos epidemiológicos a través de la regulación de los aforos en instalaciones públicas y privadas lo que ha obligado a empleadores y trabajadores a prestar sus servicios a distancia sin que exista una verdadera protección y regulación de conformidad con los derechos y obligaciones contenidos en la inclusión de la modalidad de teletrabajo.

Incluso, se ha dado el caso particular derivado de la incertidumbre en la aplicación del teletrabajo por las diversas interpretaciones señaladas, que algunos empleadores han optado por brindar algunas facilidades (cumpliendo con algunas obligaciones), para que mientras dure tal situación (la pandemia de COVID-19), el trabajo se pueda desempeñar a distancia, cubriendo voluntariamente y pactando con los trabajadores, los gastos de servicios de electricidad, de telecomunicaciones o el hecho de otorgar sillas ergonómicas por mencionar algunos ejemplos.

Por lo anterior, dejamos una reflexión interesante para el caso mexicano, atendiendo a las condiciones actuales, "se puede inferir que todo trabajo a distancia o remoto es considerado como Teletrabajo, sin embargo, no todo trabajo a distancia, será Teletrabajo".

Derecho a la reversibilidad. El segundo párrafo del artículo 330-G indica que cuando se de un cambio de presencial a modalidad de teletrabajo, las partes tendrán derecho de reversibilidad a la modalidad presencial, teniendo la facultad de pactar los mecanismos, procesos y tiempos necesarios para hacer validad su voluntad de retorno a dicha modalidad.

Si atendemos al elemento esencial consistente en la voluntad, intepretamos que el fin de la modalidad de teletrabajo es que sea dirigida a aquéllas nuevas relaciones de trabajo en donde el empelador desee que el teletrabajador preste sus

servicios de manera permanente en dicha modalidad, por lo que en prinicipio se observa que no podría moverse dicho teletrabajador a la modalidad presencial puesto que implicaría un cambio en sus condiciones generales de trabajo.

Atendiendo a lo establecido en dicho artículo, podemos entender entonces, que el derecho de reversibilidad está permitido y diseñado para aquellos trabajadores que ya vienen prestado sus servicios personales y subordinados de manera persencial y que quieren transitar a la modalidad de teletrabajo. En consecuencia, ¿podemos interpretar que también a los trabajadores presenciales se les permitiría intercambiar de modalidad?

Coincidimos plenamente en el hecho de que la LFT por lo menos haya considerado que las partes puedan establecer los tiempos y formas necesarios para establecer la modalidad de teletrabajo a presencial o viceversa según sea el caso, como podremos revisar mas adelante, uno de los grandes retos son los factores psico-sociales que implica el hecho de trabajar presencialmente y la de encontrarse vía remota sin la convivencia del día a día en el centro de trabajo, por lo que un cambio repentino de modalidad, efectivamente puede provocar un efecto de dicha naturaleza en el trabajador.

Será muy importante entonces, y altamente recomendable, cuidar el elemento básico de la voluntad para someterse a la modalidad de teletrabajo, no solamente por las implicaciones psicológicas y sociales que ello implica, sino también, que un cambio arbitrario de modalidad, puede ser considerado como un cambio de condiciones generales de trabajo susceptible de reclamo ante los Tribunales del Trabajo.

4. RETOS Y DESAFÍOS DEL TELETRABAJO EN MÉXICO

Finalmente, el teletrabajo, con sus aciertos y desaciertos, ha llegado para quedarse, bien impulsado por la pandemia que actualmente vivimos o por el desarrollo y avances en la tecnología que permiten mayor agilidad y velocidad en las comunicaciones tanto a nivel local como internacional. Para el caso mexicano, el teletrabajo implicará grandes retos en su operación e implementación:

1.- El derecho a la desconexión. Lo consideramos como el reto más importante y fundamental de todos. Si bien en nuestro país, las Juntas de Conciliación y Arbitraje (autoridades juzgadoras en materia laboral a punto de desaparecer por la transición hacia los tribunales laborales adscritos al Poder Judicial), a

diario reciben cientos de demandas que incluyen reclamos por trabajar tiempo extraordinario al no ser debidamente remuneradas, sin duda será un gran desafío que el empleador respete la jornada en teletrabajo, cuidando el horario en que se comunique con su teletrabajador para la supervisión y ordenes de servicio.

No solamente el empleador deberá tener el debido cuidado en el respeto de la jornada del teletrabajador, será éste último quien deberá aprender a tener un equilibrio entre su vida personal y familiar con el desarrollo de sus actividades laborales, teniendo que lidiar principalmente con:

- "Pérdida del sentido de pertenencia e identidad del teletrabajador con la empresa.
- Aislamiento al tener menos convivencia con otros compañeros de trabajo e involucrarse menos también en la operación diaria de la empresa. Teniendo impacto incluso, en la participación de alguna toma de decisión dentro de la empresa.
- Aislamiento profesional perpetrado por los superiores jerárquicos al ignorar al trabajador que labora desde casa o disminuir su carga de trabajo.
- Jornadas de trabajo extraordinarias y breves periodos de descanso, en aquellos casos en que no se cuenta con una jornada propiamente establecida.
- Menor visibilidad del trabajo ante sus superiores o personal que toma decisiones de ascensos y promociones, mermando sus oportunidades de crecimiento laboral.
- Mayor complejidad para separar la vida personal de la profesional al coincidir el lugar de trabajo para ambas esferas del empleado[15]".

Si bien, como señalábamos con anterioridad, en un periodo de dieciocho meses contados a partir de la publicación y entrada en vigor del teletrabajo, el poder Ejecutivo deberá emitir la Norma Oficial que rija las obligaciones en materia de seguridad y salud en el trabajo, lo cierto es que actualmente se encuentra vigente la Norma Oficial Mexicana NOM-035-STPS-2018, FACTORES DE RIESGO PSICOSOCIAL EN EL TRABAJO-IDENTIFICACIÓN, ANÁ-

15 RUEDA GARCÍA, Estefanía. Derecho Laboral en el Teletrabajo, 2020, Tirant lo Blanch, México, P.77

LISIS Y PREVENCIÓN[16] cuyo objeto consiste en establecer los elementos para identificar, analizar y prevenir los factores de riesgo psicosocial, así como para promover un entorno organizacional favorable en los centros de trabajo, es de aplicación obligatoria y podrá ser la base para que las inspecciones en el trabajo, examinen el efecto psico- social que un teletrabajador puede tener bajo la modalidad.

La desconexión tendrá, luego entonces, el fin primordial que el teletrabajador pueda compartir y equilibrar sus labores con el entorno personal y familiar, por lo que el empleador tendrá como reto, el garantizar una comunicación transparente a efecto de monitorear el estado mental del colaborador, es decir, no nada más respetar su jornada, sino también, verificar que considere que la modalidad está diseñada para que pueda continuar desarrollandose en el ámbito laboral y por supuesto, personal.

2.- Participación en desiciones sindicales. Ahora bien, ya se mencionaba que el hecho de prestar servicios en teletrabajo, puede generar cierto aislamiento del teletrabajador, resulta pues, fundamental considerar que dicho aislamiento impactará en las relaciones colectivas.

Es decir, la LFT permite que cualquier empleado (sindicalizado o no sindicalizado) se pueda someter a prestar sus servicios en la modalidad de teletrabajo, sin embargo, el hecho de lograr mantener una sana comunicación para sostener relaciones de la colectividad con su sindicato, será retador para el personal de teletrabajo.

Podríamos considerar entonces, que pudiesen existir decisiones en donde un teletrabajador sindicalizado deba participar para discutir ya sea sobre el contenido de Contrato Colectivo, o un derecho de huelga por mencionar unos cuantos ejemplos, para lo cual, el desafío que incluso los sindicatos deberán considerar junto con el empleador, será la manera en la cual el teletrabajador participe, es decir, pudiendo tener participaciones virtuales o presenciales.

Sin embargo, en diversas ocasiones, habrá que tomar en cuenta que el teletrabajador sindicalizado deberá presentarse para algunas sesiones de rigor, como son para su afiliación al sindicato, o para los procesos de legitimación de un contrato colectivo.

16 Publicada en el Diario Oficial de la Federación el pasado 23 de octubre de 2018.

3.- Seguridad de la información y datos utilizados por los teletrabajadores. Un desafío particular será entonces, la manera en que los empleadores podrán proteger la información sensible y resguardar los datos personales de los teletrabajadores. Cabe recordar que toda vez que el objeto del teletrabajo es prestar servicios a distancia (en el domicilio del teletrabajador), mucha de la información sensible estará en posesión del teletrabajador y en consecuencia, podría encontrarse potencial expuesta la misma ya que en principio el lugar de labores del teletrabajador no contaría con toda la infraestructura necesaria para resguardo de información (entendiéndose ésta que podrá ser en formato electrónico o archivos físicos), siendo susceptible de extracción ante cualquier situación ajena al teletrabajador, por ejemplo un robo a casa habitación.

Es importante señalar que es una obligación, pero también un derecho del empleador, la facultad que la LFT le proporciona para manejar los mecanismos para resguardar dicha información sensible.

México es un pais en el que más del setenta y uno por ciento (71%) de las empresas ha sido víctima de hackeo y en el que aproximadamente 48 millones de personas se han visto afectadas por un virus[17], claro esta que es una necesidad primordial, que se implementen mecanismos para preservar, al menos la información electrónica que se encuentren en los dispositivos de los teletrabajadores.

Resulta entonces primordial que en los contratos individuales de trabajo, además de establecer la naturaleza del servicio que brindará el teletrabajador, se indique cuál será la información sensible y susceptible de preservar debido a que este tipo de información se debe catalogar como confidencial y/o reservada por estar relacionada de forma directa con las actividades de los empleadores e insistiendo en las implicaciones de índole penal que pueden generarse por un indebido uso o divulgación de la misma sin autorización expresa, al respecto el Código Penal Federal en el artículo 210 y subsecuentes, establecen el tipo penal relativo al acceso ílicito a sistemas y equipos de informática, que para efectos didácticos e ilustrativos inicia de la siguiente manera:

> "Artículo 210. Se impondrán de treinta a doscientas jornadas de trabajo en favor de la comunidad, al que sin justa causa, con perjuicio de alguien y sin consentimiento del que pueda resultar perjudicado, revele algún secreto o

17 RUEDA GARCÍA, Estefanía. Derecho Laboral en el Teletrabajo, 2020, Tirant lo Blanch, México, P.79

> comunicación reservada que conoce o ha recibido con motivo de su empleo, cargo o puesto[18]."

Atendiendo a lo anterior, será importante entonces, que los laboralistas trabajemos estrechamente con penalistas, expertos en propiedad intelectual y *data privacy* con el fin de lograr las mejores prácticas para no invadir la privacidad de los teletrabajadores pero si lograr el objetivo de salvaguardar aquella información considerada como sensible en posesión del teletrabajador.

4.- Seguridad y salud en el teletrabajo. El presente reto va de la mano con el derecho a la desconexión, sin embargo, consideramos que aun cuando están intrinsecamente relacionados, puesto que la salud mental es parte de la seguridad en todo centro de trabajo, resulta importante resaltar algunos de los otros desafíos, que con motivo del teletrabajo, deberá lidiar el empleador para garantizar la salud y seguridad, en todos los aspectos al teletrabajador.

Asimismo, y con independencia de que se ha indicado anteriormente, se emitirá la Norma Oficial correspondiente para determinar las directrices para garantizar un adecuado y saludable entorno laboral en modalidad de teletrabajo, existen algunos desafíos que esperemos dicha Norma Oficial pueda contemplar a efecto de tratar de mitigar cualquier situación que ponga en riesgo la salud e integridad del teletrabajador.

Fundamentalmente, encontramos el hecho de proporcionar las herramientas básicas de comodidad para prestar los servicios. En su mayoría, el teletrabajo será para aquellos que su trabajo se realice prácticamente a través de equipos de cómputo y con las diversas aplicaciones para mantenerse comunicado (videollamadas, conferencias virtuales, entre otros), por lo que el empleador deberá garantizar al teletrabajador un espacio con el escritorio o mesa y silla ergonómica adecuados para evitar lesiones, asimismo, incluso deberá revisar, previo a dotar de los insumos, el espacio físico que el teletrabajador haya asignado el domicilio pactado, esto es, cerciorarse que se encuentre en un ambiente seguro, preferentemente libre de distracciones y adecuamente iluminado.

Si bien esos factores son de fácil control en los centros de trabajo, precisamente porque se invierte en la infraestructura necesaria para tal efecto, el domicilio particular del teletrabajador, por obvias razones, no cuenta con la

18 Código Penal Federal. Consultado el 5 de julio de 2021. Cámara de Diputados, Código Penal Federal, disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/9_010621.pdf

infraestructura para solventar dichas necesidades, por lo que el reto consistirá en adecuarse, lo más parecido posible al entorno del centro de trabajo del empleador.

Asimismo, el teletrabajador deberá respetar en todo momento, el espacio que haya asignado para laborar, lo que implica que, conforme al contrato por escrito, ha indicado cuál será el domicilio permanente de labores para su fácil contacto, sin embargo, el empleador no estará exento de que, un día, sin que el teletrabajador le notifique previamente, cambie de domicilio y sea susceptible de algún accidente en el trabajo.

Considerando lo anterior, será importante también, el desafío de prevenir los accidentes y riesgos de trabajo, que si bien pueden ser menores a los que se enfrentaría al estar en el centro de trabajo del empleador, lo cierto es que no se está excento de los mismos, luego entonces, el criterio[19] para determinar si existe algún accidente o riesgo con motivo del teletrabajo, será en tanto no exista modificación alguna en la Norma Oficial próximanente a publicarse, el siguiente:

- "Que ocurra en el lugar en el que presta servicios. En este caso en particular, en el domicilio del trabajador, aquel lugar en el que se haya pactado que se presten los servicios o en el camino del domicilio particular del empleado al lugar de la prestación de los servicios o viceversa.
- Que el accidente o enfermedad de trabajo sea el resultado directo de la labor que desempeña el empleado al servicio del patrón.
- Que el empleado se encuentre sujeto a la subordinación del patrón al momento de sufrir el accidente de trabajo".

Ante la novedad del teletrabajo en nuestro país, podemos inferir actualmente que el empleador será quien deba cuidar, vigilar y monitorear en todo momento las condiciones en las que el teletrabajador presta sus servicios, por lo que consideramos altamente recomendable que, con independencia de lo que la Norma Oficial Mexicana pueda regular en su momento, el empleador practique revisiones periódicas para constatar el luegar y condiciones en el que su teletrabajador presta el servicio.

Finalmente, es importante establecer en los contratos individuales de trabajo, el domicilio, entendiéndose éste, como el lugar físico en el que el teletrabajador

19 RUEDA GARCÍA, Estefanía. Derecho Laboral en el Teletrabajo, 2020, Tirant lo Blanch, México. PP. 74-75

prestará sus servicios durante la relación laboral y que, cualquier modificación al mismo, es decir, modificando éste de manera temporal o permanente, deberá notificarse al empleador con la debida anticipación a efecto de mitigiar cualquier riesgo o factor que comprometa la integridad del teletrabajador.

5.- Capacitación, adiestramiento y productividad. Si bien como parte de las obligaciones establecidas en la LFT, se señala la obligación del empleador de brindar la capacitación del manejo de herramientas para adaptarse el teletrabajador, a la modalidad de teletrabajo, lo cierto es que la LFT también contempla el derecho y la obligación de todos los trabajadores de someterse a las planes, cursos y políticas de capacitación que el empleador determine, esto con el fin de poder seguir desarrollando sus habilidades y crecimiento en el ámbito profesional de la profesión, arte u oficio que el trabajador preste a su empleador.

En consecuencia, consideramos que uno de los grandes retos, lo será el hecho de que el empleador desarrolle planes de capacitación dirigido al teletrabajador, ponderando incluso, si la mejor manera de hacerlo, será a través de los medios virtuales y tecnológicos, implementando los mecanismos necesarios para su evaluación y aprovechamiento.

Será entonces que, el teletrabajador deberá conseguir ese equilibrio, que un trabajador normal (presencial) actualmente consigue en los medios y planes de capacitación para incrementar su productividad.

En caso de que la capacitación sea llevada por completo electrónica o virtualmente, resulta recomendable la implementación de sistemas y mecanismos que permitan su evaluación en línea, así como la utilización de firmas electrónicas o escaneo de documentos firmados para el caso de la entrega de constancias de habilidades y competencias laborales, así como su respectivo acuse de recibido por parte del empleado[20]. Consideramos entonces, que el enorme reto del empleador, además de implementar la capacitación, también representará un importante costo en infraestructura tecnológica para el adecuado funcionamiento de dichos planes y cursos de capacitación.

6.- Las inspecciones en el teletrabajo. No solamente los empleadores y teletrabajadores asumirán los retos para adaptarse a la presente modalidad, lo cierto es que también las autoridades laborales deberán asumir tareas para verificar que

20 Ibídem. P.70

los derechos de los teletrabajadores se respeten. Al respecto, el legislador mexicano particularmente asignó las siguientes facultades a los inspectores del trabajo[21]:

- Comprobar que los empleadores lleven un registro de insumos entregados a los teletrabajadores, en cumplimiento a las obligaciones de seguridad y salud en el trabajo;
- Vigilar que los salarios no sean inferiores a los que se paguen en la empresa al trabajador presencial, es decir, en apego al principio de derecho del trabajo: "a trabajo igual, salario igual" y
- Constatar el debido cumplimiento a las obligaciones establecidas en el capítulo destinado en la LFT a teletrabajo.

Consideramos que las funciones y facultades asignadas a los inspectores se ven limitadas, esto es, hemos revisado a lo largo del presente análisis, que las partes (empleador-teletrabajador) se deben unos a otros, diversas obligaciones que asumir, que deben ser, por supuesto, materia del inspector el verificar su cumplimiento.

Al respecto, podemos interpretar que indirectamente, la LFT le otorga al empleador facultades de inspección y vigilancia, esto atendiendo al límite que le le proporciona al inspector, entre dichas facultades serán por tanto, que el empleador verifique periódicamente las instalaciones (domicilio) en el que el teletrabajador se encuentra prestando sus servicios.

Asimismo, al limitar las facultades del inspector, aquella Norma Oficial Mexicana que será publicada en materia de seguridad y salud en el teletrabajo, podría verse poco vigilada en su aplicación, por parte de los inspectores.

Si bien es importante tener presente que, al ser el teletrabajo una modalidad desarrollada principalmente en el domicilio particular del teletrabajador, existe una línea muy delgada para "invadir" su espacio privado, como es su hogar, para verificar que se cumplan con medidas de seguridad para prestar servicios laborales, que si bien entendemos que debe respetarse en todo momento la intimidad de las personas, representa un gran reto y oportunidad para las autoridades, el fijar los criterios de inspección para cerciorar el cumpliento de obligaciones y sana operación de la modalidad en teletrabajo.

21 Decreto por el que se reforma el artículo 311 y se adiciona el capítulo XII Bis de la Ley Federal del Trabajo, en materia de Teletrabajo. Artículo 330-K, consultado el 6 de julio de 2021, disponible en: http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5609683&fecha=11/01/2021

7.- Pago de telecomunicaciones y proporcional de electricidad. La LFT determinó la obligación del empleador de pagar los gastos en los que el teletrabajador deba incurrir con motivo de sus servicios, esto es, por lo que pueda generarse por el internet, telefonía y la parte "proporcional" de los servicios de electricidad.

Si bien al día de hoy existe la discusión si dicho pago forma parte de la integración del salario del teletrabjador, a nuestro juicio, consideramos que dicho pago es equiparable a una herramienta de trabajo y en consecuencia, tiene por objeto que el teletrabajador pueda cumplir con sus obligaciones, por lo que no deberá ser considerado como parte del salario.

Más allá de dichas discusiones e interpretaciones, lo cierto es que también hay dudas respecto al entendimiento del concepto pago "proporcional" de electricidad, puesto que al menos, en nuestro país, el servicio de luz no puede ser cobrado por partes, llegando a los domicilios por un concepto único de manera bimestral. Es por ello que, atendiendo a que el teletrabajador tiene como obligación el informar a su empleador sobre los costos de uso de telecomunicaciones y consumo de electricidad, en la práctica, es el empleador quien asume totalmente contratando la instalación del servicio de telecomunicaciones que mejor le convenga y lo pague directamente, mientras que para el consumo de electricidad, se llega a un acuerdo con el teletrabajador, ya que resultaría absurdo que el empleador asumiera el costo total de consumo de una vivienda, pues no solo el teletrabajador la habita.

5. CONSIDERACIONES FINALES

El teletrabajo en México, como hemos visto, surgió de una necesidad por tratar de regular una manera de trabajar a distancia, provocada potencialmente, por un acontencimiento ajeno a empleadores y trabjadores: la pandemia por COVID-19. Si bien anteriormente, algunos empleadores con visión amplia, habían comenzado a contemplar algunos lineamientos para transitar a un modelo híbrido inspirado en el denominado *"home-office / trabajo en casa*",, estableciendo políticas flexibles, lo cierto es que el legislador, en un afán de tratar de regular dichas relaciones laborales inspirados en una emergencia sanitaria, publicaron con algunos defectos que, mas que ayudar para implementarla como un moderno mecanismo de relación laboral, implican mayores retos que pueden implicar costos para los empleadores y hasta temas de salud e integridad física para los teletrabajadores.

Será tarea por consiguiente, de que en conjunto con las autoridades laborales, los empleadores y trabajadores puedan utilizar la presente modalidad para optimizar la productividad y promover valores como la conveniencia familiar, la ecología (menos contaminación por el uso de transporte para traslado), administración adecuada del tiempo libre y aprendiendo día a día el uso de las nuevas tecnologías que, virtualmente han acercado a la sociedad como una nueva forma de interactuar.

Esperando que el presente análisis pueda, por lo menos, generar una inquietud en trabajadores y empleadores para que, teniendo una sana y transparente comunicación, puedan transitar a la modalidad, con una visión moderna de preservar las relaciones de trabajo. Como iniciamos este estudio, a pesar de las dudas que la regulación del teletrabajo trae consigo de conformidad con su regulación, estamos ciertos que, bien cuidado e implementado, puede traer muchos beneficios: mayor productivdad al estar menos tiempo en el tráfico, menos accidentes en los centros de trabajo y, con un equilibrio bien llevado, permite mayor convivencia entre los trabajadores y sus familias.

LA TRANSFORMACIÓN DEL EMPLEADOR Y SU IMPACTO EN EL ÁMBITO DE PROTECCIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO. REFLEXIONES EN TORNO A LA RESPUESTA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

CÉSAR ALFREDO PUNTRIANO ROSAS

Abogado y Magister en Derecho del Trabajo y la Seguridad Social por la Pontificia Universidad Católica del Peru. Docente en la Maestría en Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en la Pontificia Universidad Católica del Peru. Docente en la Carrera de Derecho Corporativo en la Universidad ESAN y en ESAN GRADUATE SCHOOL OF BUSINESS (posgrado), Docente en la Maestría en Derecho del Trabajo en la Universidad San Martín de Porres. Miembro del Comité Editorial de la Revista Soluciones Laborales. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Socio Principal en el Estudio Muñiz.

ABSTRACT: In recent decades, we have noticed structural changes due to the variation of the Fordist-Taylorist business paradigm towards new forms of work organization. The employer, as a counterpart in the employment relationship, is not immune to those changes. Indeed, the classical concept of employer is practically in extinction. The constant transformation of the employer poses a series of challenges for Labor Law, specifically for subordination, since it is not the same to apply it as a guideline against a typical or classic employer who denies the existence of an employment relationship than to do it before an atypical employer. Our objective is to detail how the notion of employer has evolved in Peru, to determine which would be the best manner to address such changes, to guarantee that Labor Law extends its protective mantle towards the worker, the weak part of the labor relationship.

KEYWORDS: Employer, Subordination, subcontracting, franchise.

1. LA NOCIÓN DE EMPLEADOR EN LA LEGISLACIÓN PERUANA

El empleador no ha ocupado un lugar preponderante en nuestro ordenamiento jurídico laboral pues el centro es el trabajador. El empleador ha sido, es y será, la contraparte del trabajador en la relación laboral, aquél que lo ocupa, que recibe de sus trabajadores prestaciones retribuidas, voluntarias, dependientes[1].

¿Pero, a qué obedece la indiferencia legislativa? No se trata de una omisión derivada del descuido o la falta de técnica jurídica, sino de una medida intencional. El legislador tiene la expresa voluntad de no realizar exclusiones del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo em razón a las características de la figura del empresario[2]. En efecto, resulta irrelevante la configuración jurídica del empleador pues puede tratarse de una persona física, jurídica, o carecer de personalidad jurídica como ocurre como el contrato de consorcio, joint-venture o asociación en participación. El empleador podrá tener finalidad lucrativa o carecer de la misma, ser una entidad de derecho público o de derecho privado, supuestos que no cambian su posición en la relación laboral. Cruz Villalón

1 DE LA VILLA GIL, Luis Enrique. El concepto de empresario-empleador en Derecho del Trabajo. En: AAVV, El empresario laboral, estudios jurídicos en homenaje al Profesor Camps Ruiz con motivo de su jubilación. Madrid, Tirant Lo Blanch, 2010. p.15.

2 CRUZ VILLALON, Jesús. Los cambios en la organización de la empresa y sus efectos en el Derecho del Trabajo: Aspectos Individuales. En, AAVV, El empleador en el Derecho del trabajo, Madrid, Tecnos, 1999. p. 31.

sostiene con acierto que, *"(…) el legislador no desea que se tome en consideración elemento alguno que se pueda imaginar como identificador de algún rasgo de la figura del empleador. De este modo, al final, el empresario desde la perspectiva laboral se nos presenta como un personaje de rostro sin facciones (…)"*[3].

Esta indiferencia legislativa en nuestra normativa local, remontándonos a las principales disposiciones emitidas en los últimos treinta (30) años, la encontramos en la Ley de Fomento del Empleo, aprobada por Decreto Legislativo No. 728[4], la cual carece de definición sobre el empleador, conteniendo una referencia a los atributos derivados de su poder directriz, para luego citarlo en más de una oportunidad como titular de determinadas facultades[5] y responsable del cumplimiento de ciertas obligaciones.

La norma fundamental que regula a las relaciones colectivas de trabajo, el Decreto Ley No. 25593, Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, vigente desde el 18 de julio de 1992 tampoco contiene definición alguna sobre la noción de empleador.

Similar omisión se advierte en la regulación sobre la contratación laboral indirecta, pues la ni Ley No. 27626[6], la Ley No. 29245[7] ni sus respectivos reglamentos[8] se ocupan de la definición de empleador.

Tampoco encontramos referencias a la definición de empleador en la normativa que regula a los principales beneficios sociales legales, nos referimos a la Ley de Compensación por Tiempo de Servicios (CTS)[9], la norma que regula los descansos remunerados (descanso semanal, feriados y vacaciones[10]), la Ley

3 Ibid. p.32

4 No deja de llamar la atención que en su artículo 5 señala que su ámbito de aplicación comprende a "empresas" y trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada.

5 "(…) Artículo 42.- Por la subordinación, el trabajador presta sus servicios bajo dirección de su empleador, el cual tiene facultades para normar reglamentariamente las labores, dictar las órdenes necesarias para la ejecución de estas y sancionar disciplinariamente cualquier infracción o incumplimiento (…)".

6 Ley que regula la actividad de las empresas especiales de servicios y de las cooperativas de trabajadores. Regula diversos aspectos de la intermediación laboral, como modalidad de contratación indirecta de trabajadores, vigente desde el 10 de enero de 2002.

7 Ley que regula los servicios de tercerización, vigente desde el 25 de junio de 2008.

8 Nos referimos al Decreto Supremo No. 003-2002-TR y Decreto Supremo No. 006-2008-TR.

9 Decreto Legislativo No. 650, cuyo Texto Único Ordenado ha sido aprobado por Decreto Supremo No. 001-97-TR. Su Reglamento ha sido aprobado por Decreto Supremo No. 004-97-TR.

10 Decreto Legislativo No. 713, cuyo Reglamento ha sido aprobado por Decreto Supremo No. 012-92-TR.

que regula las gratificaciones legales[11], participación legal en las utilidades[12], Asignación Familiar[13] ni en sus respectivos reglamentos.

Únicamente encontramos una definición, aplicable únicamente a la norma en la cual se ubica, en el Decreto Supremo No. 018-2007-TR, el cual establece disposiciones relativas al uso de la "Planilla Electrónica". Esta define al empleador como "*toda persona natural, empresa unipersonal, persona jurídica, sociedad irregular o de hecho, cooperativa de trabajadores, institución privada, entidad del sector público nacional inclusive a las que se refiere el Texto Único Actualizado de las Normas que rigen la obligación de determinadas entidades del Sector Público de proporcionar información sobre sus adquisiciones, aprobado por el Decreto Supremo Nº 027-2001-PCM y normas modificatorias, o cualquier otro ente colectivo, que remuneren a cambio de un servicio prestado bajo relación de subordinación (…)".* La definición que únicamente resulta aplicable para las obligaciones derivadas de la "Planilla Electrónica" resulta omnicomprensiva, con la finalidad entendemos de abarcar en la noción de empleador a cualquier sujeto de la relación laboral que actúe como tal, tanto en el sector privado como público.

Inclusive comprende dentro del término "empleador" a sujetos que laboralmente no califican como empleadores, como a pagadores de pensiones, contratantes de un prestador de servicios autónomo, contratante de una persona bajo modalidad formativa, o reciban por destaque o desplazamiento, los servicios del personal de terceros.

La principal normativa que regula las relaciones laborales en el sector público, como el Decreto Legislativo No. 276, Ley de bases de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, la Ley No. 28175, Ley Marco del Empleo Público o la Ley No. 30057, Ley del Servicio Civil, tampoco dedican alguno de sus artículos a esbozar una definición del empleador.

De lo anteriormente expuesto queda evidenciado el desinterés de nuestros legisladores quienes a lo largo del tiempo ha omitido regular conceptualmente al empleador, entendemos, motivados por no desproteger al trabajador pues dado el avance constante en la forma de organización empresarial, resultaría altamente probable que la realidad esté un paso por delante y queden muchos

11 Ley No. 27735 y su Reglamento el Decreto Supremo No. 005-2002-TR. La anterior norma, Ley No. 25139, tampoco se refirió al empleador.

12 Decreto Legislativo No. 677 y 892. Reglamento aprobado por Decreto Supremo No. 009-98-TR.

13 Ley No. 25129 y su Reglamento No. 005-90-TR.

sujetos excluidos de la noción de empleador, lo cual termina perjudicando al centro de la relación laboral y objeto de protección de nuestra disciplina, me refiero al trabajador.

Dicha omisión cobra mayor sentido cuando los ordenamientos regulan mecanismos para detectar al sujeto empleador como contraparte de la relación laboral y con ello imputarle obligaciones laborales y reconocerle derechos. Estas herramientas metodológicas resultan de relevancia superior si nos encontramos ante empleadores de estructura compleja, donde interviene más de una entidad y resulta difícil detectar al empleador. Para esta tarea, nos dice la doctrina, deberá recurrirse al principio de primacía de la realidad, al criterio de subordinación y de ajenidad.

La pregunta que surge es si en nuestro ordenamiento jurídico contamos con las herramientas metodológicas señaladas que complementen la indefinición de empleador por parte del legislador. Pasaremos revista a ello en los acápites que siguen.

2. LA TRANSFORMACIÓN DEL EMPLEADOR, DESDE LA ESTRUCTURA SIMPLE HASTA LA COMPLEJA

El empleador típico o clásico es un sujeto en franca desaparición, pues los cambios de paradigma organizativo empresarial lo han superado largamente. La coincidencia entre persona física y empleador, el control directo de la fuerza de trabajo, el control de la totalidad del ciclo productivo, la propiedad de inmuebles, la relación de autonomía entre las empresas es prácticamente inexistentes[14]. Hoy la persona física no es la empleadora pues existen empresas de accionariado difundido, ya no existe un control directo de la fuerza de trabajo, muchas veces ese control lo realiza un tercero que contratar al empleador, el ciclo productivo se fragmenta y externaliza, generando una relación de colaboración entre las compañías. El empleador carece de inmuebles pues cuenta con oficinas virtuales.

Pasamos de una estructura que reconocía la bilateralidad de la relación laboral hacia un esquema trilateral (triangulación empresarial), multilateral (grupos de empresa) hasta llegar a la huida total del empleador en un esquema de ausencia de vínculo laboral (plataforma de servicios).

14 CRUZ VILLALON, op.cit. p. 36.

El esquema del empleador plural o complejo se presenta como herramienta jurídica frente a la posibilidad de que el poder dirección sea ejercido por más de una organización, y que habilite técnicamente a atribuir responsabilidad conjunta por las obligaciones laborales a los empleadores conjuntos.

Triangulación empresarial y redes de empresas

Nos encontramos en una realidad que cuestiona el modelo tradicional "una empresa, un empleador" virando hacia esquemas de organización de la fuerza de trabajo trilateral o triangular, en la cual participan una empresa principal, cliente o usuaria del servicio, una empresa contratista o que en ocasiones asume el rol de suministradora de mano de obra y unos trabajadores que se hallan subordinados a la usuaria, sin llegar a ser formalmente considerados como tales[15]. La subordinación ocurre con mayor o menor intensidad si nos encontramos ante la denominada subcontratación laboral o ante el suministro de mano de obra[16].

Esta relación triangular obedece a un cambio de paradigma empresarial, el cual deja de lado al gigante empresarial que aglutinaba diversas actividades económicas, pasando ahora a encontrarnos frente a empresas que se especializan en rubros determinados a fin brindar servicios a aquellas que los requieran. En otras palabras, frente a la concentración productiva, surge la descentralización como alternativa.

Como lo entiende Del Rey[2], la descentralización productiva, "*ha implicado para las empresas la externalización hacia "terceros" de componentes cada vez más numerosos e importantes de su ciclo productivo, incluidos aquéllos pertenecientes a aspectos esenciales de su propia actividad empresarial*[17]*.*"

Sanguineti[18] afirma con acierto que la irrupción de los fenómenos descentralistas basados en las nuevas tecnologías de la información marca el declive de

15 ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. "Trabajo en régimen de subcontratación. Informe VI (1). Conferencia Internacional del Trabajo 85ª reunión." 1997. p.6

16 UGARTE CATALDO, José Luis. Sobre relaciones laborales triangulares: La subcontratación y el suministro de trabajadores. Ius et Praxis [online]. 2006, vol.12, n.1 [citado 2021-07-11], pp.11-29. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122006000100002&lng=es&nrm=iso>. .

17 DEL REY GUANTER, Salvador y Carolina Gala Durán. "Trabajo autónomo y descentralización productiva: Nuevas perspectivas de una relación en progresivo desarrollo y dependencia." Texto mimeografiado.

18 SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. "Contrato de Trabajo y Nuevos Sistemas Productivos".

la concepción tradicional de la figura de la subordinación o dependencia, la misma que se relaciona íntimamente con nociones de uniformidad y continuidad en el empleo de la fuerza de trabajo y la autocracia y jerarquía en el ejercicio de los poderes del empresario. Nos encontramos ante una prestación de servicios flexible que escapa a los rígidos modelos del pasado.

La subcontratación laboral, denominada de esa manera por el impacto que dicho esquema tiene en una nuestra disciplina, y considerada por la doctrina como el "efecto estrella" de la descentralización productiva[19], supone un sistema de relaciones de carácter jerarquizado entre empresas, en el cual la empresa contratista presta servicios o ejecuta una obra a favor de la principal por su cuenta y riesgo, contando con sus propios recursos técnicos, financieros o materiales y subordinando, de manera exclusiva y excluyente, a sus trabajadores.

A propósito de la subcontratación laboral, Bronstein[20] alerta que deben ser de nuestro interés aquellas prácticas cuyo efecto es la prestación de servicios en condiciones similares a las presentes en una relación de trabajo subordinada, en la medida que ello constituye el presupuesto socioeconómico indispensable para la aplicación del Derecho del Trabajo[21].

Por ello, sostiene Bronstein[22], la subcontratación laboral comprende al suministro de mano de obra o a la prestación de servicios en el marco de una relación civil o comercial[23]. En el primer caso empresa principal recibirá por delegación el poder directriz respecto a los trabajadores de la contratista (suministradora), mientras que en el segundo supuesto la subordinación tendrá un menor nivel de intensidad, aunque en ningún caso será inexistente. En ambos

---

Lima. Ara Editores. 1997. p.60.

19 ARCE ORTIZ, Elmer. Subcontratación entre empresas y relación de trabajo en el Perú. Lima. Palestra Editores. 2006.

20 Nos referimos a BRONSTEIN, Arturo S. "La subcontratación laboral". Versión revisada de la ponencia presentada en el Seminario Internacional sobre el Derecho del Trabajo ante el Nuevo Milenio celebrado en Santo Domingo, República Dominicana, en abril de 1999. En: Comunidad Andina de Naciones. La subcontratación laboral- análisis y perspectivas Cuadernos de Integración Andina. No. 20. Lima. Diciembre de 2007.

21 Ídem. p.15.

22 Ibídem.

23 En la misma línea de pensamiento BENSUSAN, Graciela. "La subcontratación laboral y sus consecuencias: ¿problemas de diseño institucional o de implementación?." En: Comunidad Andina de Naciones. La subcontratación laboral- análisis y perspectivas Cuadernos de Integración Andina. No. 20. Lima. Diciembre de 2007.

casos y como lo veremos a continuación, nuestro ordenamiento ha introducido un plus de protección a los trabajadores involucrados en la subcontratación.

Esta figura de integración horizontal entre empresas, de cooperación productiva tendencialmente estable entre sujetos empresariales jurídicamente independientes, ha venido a ser denominada como "red empresarial"[24]. Estas redes pueden clasificarse en hegemónicas y paritarias en tanto exista o no un líder en la red. Las primeras se presentan cuando un miembro de la red juega un rol directivo como ocurre con las redes de franquicia de concesionarios o agentes, en las de subcontratación, entre otras[25].

En lo que a subcontratación laboral se refiere contamos con regulación que genera responsabilidad laboral compartida entre las empresas participantes, pero sin llegar a tutelar integralmente al trabajador. Nos referimos a la responsabilidad solidaria.

En efecto, la Ley No. 29245, Ley que regula los servicios de tercerización, complementada por el Decreto Legislativo No. 1038 y reglamentada por el Decreto Supremo N° 006-2008-TR, disponen que una real tercerización[26] implica que el tercero (contratista) ejecute su actividad por su cuenta y riesgo, contando con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales[27] y con el personal bajo su exclusiva subordinación[28.]

Es interesante comentar que a partir del Decreto Supremo Nº 006-2008-TR, solamente la tercerización de actividades ordinarias[29] que impliquen

24 SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo y otros. Impacto laboral de las redes empresariales. Granada. Editorial Comares. 2018. Presentación, página XVI.

25 RUIZ PERIS Juan Ignacio. En: SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo y otros. Impacto laboral de las redes empresariales. Granada. Editorial Comares. 2018. p.15

26 Denominación de nuestro ordenamiento para la subcontratación laboral.

27 Es importante comentar que la norma reglamentaria permite que la empresa que presta servicios de tercerización o realiza obras desarrolle actividades con equipos y herramientas que le hubiera cedido su cliente (principal) u otra empresa en administración integral, si están vinculados directamente al proceso productivo de la empresa cliente.
Dicha disposición del Decreto Supremo No. 006-2008-TR fue declarada ilegal por la Segunda Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima, bajo el expediente No. 169-08-AP. En atención a un recurso de apelación de sentencia, la Corte Suprema, en el expediente No. 1338-2011 revocó la sentencia de primera instancia reconociendo la validez de la cesión de equipos por parte del cliente al tercero para la ejecución de los servicios contratados.

28 Esto supone que el personal reciba indicaciones y sea supervisado o sancionado en forma exclusiva y excluyente por su empleador.

29 Se entiende por actividades principales u ordinarias aquellas cuya ausencia afecten o interrumpan

desplazamiento continuo[30] del personal del tercero hacia el centro de trabajo (instalaciones) u operaciones[31] del cliente se encuentra comprendida en esta regulación tutelar de los trabajadores. Siendo así, la tercerización sin desplazamiento, o la provisión de bienes y/o servicios que no suponga tercerización, la subcontratación de actividades complementarias o la subcontratación de personas naturales se regularán por el Código Civil y la normativa sectorial especial con la evidente desprotección para los trabajadores que ello supone. En todo caso, no se debe tratar en ningún escenario de una simple provisión de mano de obra o destaque de personal.

El plus de protección que establece este marco normativo para las relaciones triangulares bajo su ámbito de aplicación es la responsabilidad solidaria entre la principal, la contratista y subcontratistas por las obligaciones laborales legales y convencionales, el derecho de información con que cuentan los trabajadores de la empresa contratista respecto a la identidad de la principal, el lugar de prestación de servicios, y la obligación (hoy inexistente) de registrar a la empresa ante la Autoridad Administrativa de Trabajo.

Por su parte, el suministro de mano de obra, o "subcontratación de mano de obra" ocurre cuando el objetivo único, esencial o predominante de la relación contractual es el suministro de mano de obra por parte del subcontratista a la empresa usuaria. La subcontratación de mano de obra es denominada "intermediación laboral" por nuestro ordenamiento, consistiendo en el destaque de personal de una empresa de intermediación o cooperativa de trabajadores debidamente autorizada, para prestar servicios temporales, complementarios o altamente especializados a la empresa usuaria o cliente.

La intermediación laboral se encuentra regulada en la Ley No. 27626 y su Reglamento, el Decreto Supremo N° 003-2002-TR, dispositivos que permiten la prestación de dichos servicios sólo en determinados supuestos y cumpliendo

---

la continuidad del negocio del cliente. Se trata sin duda una enorme permisividad en cuanto a aquellas actividades que pueden ser objeto de la subcontratación, hecho sin duda de por si cuestionable pues podría llegarse al extremo de que la empresa cliente carezca de trabajadores en planilla.

30 Se configura la continuidad cuando:

a) El desplazamiento ocurra cuando menos durante más de un tercio de los días laborables del plazo pactado en el contrato de tercerización; o,

b) Exceda de 420 horas o 52 días de trabajo efectivo, consecutivos o no, dentro de un semestre.

31 Constituye centro de operaciones el lugar fuera de las instalaciones del cliente al que el personal del tercero se desplaza por indicación de aquél.

una serie de requisitos y formalidades con la finalidad de brindar mayor protección al trabajador destacado y fomentar la contratación directa de personal.

La normativa anotada permite intermediar laboralmente trabajadores para cubrir actividades principales pero temporales[32] de la empresa usuaria (cliente), actividades complementarias[33] o actividades altamente especializadas. Para ello si bien podrán constituirse empresas de servicios temporales, complementarios, o altamente especializados, es posible que una sola empresa se encargue de intermediar los tres tipos de actividades.

La técnica normativa adoptada en nuestro país es deficiente pues la tendencia comparada considera que el suministro de mano de obra supone únicamente el destaque de personas para colocarlas bajo el ámbito de organización y dirección de la empresa usuaria sin que exista una actividad adicional por la suministradora, salvo el cumplimiento de sus obligaciones laborales como empleador. En otras palabras, la empresa suministradora no ejecuta servicio alguno salvo el destaque de su personal. Siguiendo esa línea la llamada intermediación laboral complementaria o altamente especializada encajaría en un supuesto de subcontratación de producción de bienes o prestación de servicios. Sin embargo, a contracorriente del criterio imperante en otras latitudes, para la regulación peruana el destaque de mano de obra se circunscribe a los supuestos descritos en el párrafo precedente.

En cuanto a la responsabilidad por los derechos del personal destacado a la empresa principal, la Ley No. 27626 prevé un supuesto de responsabilidad solidaria entre la empresa usuaria y la entidad que presta servicios de intermediación

32 Mediante el Decreto Supremo No. 008-2007-TR, se precisaron las definiciones de actividad principal y complementaria para efectos de la intermediación laboral, entendiéndose como actividad principal: de la empresa usuaria aquélla que es consustancial al giro del negocio de la misma. Siendo considerada como tal toda actividad sin cuya ejecución se afectaría y/o interrumpiría el funcionamiento y desarrollo de la empresa usuaria o principal. Este tipo de intermediación laboral (para cubrir actividades principales) es la más restringida por nuestro ordenamiento, toda vez que se la limita a los supuestos de ocasionalidad (eventualidad) y suplencia (reemplazo) y se la limita cuantitativamente pues los trabajadores destacados a la usuaria no deben exceder del 20% de la totalidad de su personal.

33 El artículo 1º del D.S. No. 003-2002-TR, entiende como actividad complementaria a aquella de carácter auxiliar, no vinculada a la actividad principal, y cuya ausencia o falta de ejecución no interrumpe la actividad empresarial, tal como las actividades de vigilancia, seguridad, reparaciones, mensajería externa y limpieza. La actividad complementaria no es indispensable para la continuidad y ejecución de la actividad principal de la empresa usuaria.

laboral. Así, la Ley señala que si la fianza[34] otorgada por la entidad resulta insuficiente para el pago de los derechos laborales adeudados a los trabajadores destacados a la empresa usuaria, éstas serán solidariamente responsables del pago de tales adeudos por el tiempo de servicios laborado en la empresa usuaria. Adicionalmente, la norma dispone que será nula la intermediación laboral cuando ha tenido por objeto o efecto vulnerar o limitar los derechos colectivos del personal, tanto de la empresa usuaria como de la intermediaria[35]. La Ley No. 29245 recoge también la responsabilidad solidaria de la principal por obligaciones laborales y de seguridad a cargo de la usuaria, así como el derecho de información, tanto del personal de la empresa contratista como la principal sobre la existencia de la tercerización como mecanismos de tutela laboral.

Si bien la normativa mencionada introduce un nivel de protección meramente económico, pues exige a la principal la asunción de obligaciones laborales de la contratista[36], y además porque el reconocimiento del derecho de información tiene por principal objetivo que el personal de la contratista pueda contar con datos suficientes en caso planteen una demanda judicial contra la principal, la subcontratación, además de alterar la noción de empleador también genera una degradación de las condiciones de trabajo del personal subcontratado, el uso intensivo de mano de obra temporal, así como la eliminación de puestos de trabajo de personal excedente[37]. En el plano de las relaciones colectivas de trabajo, se dificulta seriamente la sindicación y el derecho a negociar colectivamente, disgregándose al colectivo asalariado haciendo casi imposible su unificación para efectos reivindicativos[38].

---

34 El artículo 24º de la Ley No. 27626, dispone que, "las empresas de servicios o las cooperativas, reguladas en la presente Ley, cuando suscriban contratos de intermediación laboral deberán conceder una fianza, que garantice el cumplimiento de las obligaciones laborales y de seguridad social de los trabajadores destacados a la empresa usuaria. La fianza será regulada por la Autoridad Administrativa de Trabajo y en el Reglamento se establecerá los requisitos, plazos, porcentajes y mecanismos de ejecución y liberación de la garantía. "

35 Artículo 4 de la Ley No. 27626.

36 En la intermediación laboral, en tanto no resulten cubiertas por la fianza.

37 Como lo afirma Gorelli, las empresas inmersas en un proceso de descentralización poseen problemas de personal excedentario, toda vez que este fenómeno organizativo supone que las funciones realizadas antespor la empresa son desviadas a otras. Surge entonces la existencia de una planilla excedentaria que genera la necesidad empresarial de terminar los contratos de trabajo. Vid: GORELLI HERNANDEZ, Juan. La tutela de los trabajadores ante la descentralización productiva. Madrid. Difusión y temas de actualidad. 2007. p. 62.

38 LOPEZ, Diego. La subcontratación y la precarización del empleo. En: Gobierno de Chile, Boletín Oficial Computacional. Octubre 1996. Lexis Nexis. En:www.lexisnexis.cl/boletin/1996/101996.pdf. p.5

Frente a la insuficiencia de la solidaridad como mecanismo de tutela[39], se plantea la concepción de empleador plural[40], la cual pasa por considerar a la empresa principal como empleadora conjuntamente con la contratista, en razón a que la segunda pierde autonomía pasando la primera a influenciar de manera relevante en la gestión de su personal. Nuestra regulación no ha reconocido a la tesis del empleador plural, por lo que existe una tarea pendiente en este aspecto. Lo que tenemos es jurisprudencia que se pronuncia sobre la desnaturalización de la subcontratación, imputando relación laboral directa con la empresa principal ante la existencia de fraude, sea porque el personal del contratista está subordinado a la principal o por ausencia de autonomía empresarial de la primera[41]. Esta visión jurisprudencial es insuficiente en razón a lo comentado.

La franquicia carece de regulación comercial y laboral en nuestro país. En el primer caso, se aplican normas del Código Civil sobre obligaciones y contratos, así como el vetusto Código de Comercio. En lo laboral en el Perú no contamos con normativa ni tampoco con pronunciamientos judiciales, pero definitivamente vale la pena reflexionar brevemente sobre esta forma de red empresarial de amplia difusión en nuestro país. En la práctica mercantil es usual que el franquiciador intervenga de manera intensa en las condiciones de empleo del personal del franquiciado, en especial si la franquicia supone la prestación de servicios al cliente. En algunas franquicias inclusive se interviene en la selección de personal, se proporciona una formación al trabajador para que tenga la misma imagen, se trate al cliente de la misma manera, entre otros aspectos. Esta situación no laboraliza la relación entre el franquiciador y los trabajadores del franquiciado, justificándose en la finalidad de mantener un alto nivel de servicios y calidad que caracteriza a la franquicia. No es descartable sin embargo la existencia de un fraude a la ley en el cual el franquiciado carezca de sustantividad empresarial y que el personal haya sido contratado para ser cedido al franquiciador. Se trataría de una cesión ilegal pues el franquiciador asumiría

39 Para mayor detalle nos remitimos a un trabajo previo de nuestra autoría: "Análisis de la responsabilidad solidaria como mecanismo de tutela, en: Derecho & Sociedad No. 37. Lima, Pontificia Universidad Católica del Peru.

40 SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. Las transformaciones del empleador y el futuro del Derecho del trabajo. p. 4. En: http://www.wilfredosanguinetidiles.wordpress.com/2008/12/transf-emp-y-dt-wsanguineti-rdsl-version-final1.pdf. p.14

41 Véase Casaciones No. 14131-2013- LA LIBERTAD, 4412-2014-LA LIBERTAD, STC 04297-2012-PA/TC y No. 02135-2012-PA/TC, entre otras.

la condición de empleador del personal del franquiciado, en tanto este último sería aparente[42].

Grupos de empresas

La organización conocida como "grupo de empresas", cuya raíz se encuentra en el Derecho Mercantil es entendida como *"un agregado empresarial integrado por* diversos *sujetos de Derecho (normalmente sociedades) que, sin perjuicio de su personalidad jurídica propia, quedan sometidos en su actuación en el mercado a una dirección económica unificada, ejercida por la entidad cabecera del grupo (…)"*[43]

El rasgo que define a los grupos de empresas, según lo manifiesta el profesor Camps Ruiz[44] radica en la dirección unitaria que comparten la diversidad de empresas, esto supone que, pese a la pluralidad jurídico-formal, existe una unidad económica. Para Martín Valverde, *"(…) el grupo de empresas se* caracteriza *por la existencia de dos o más entidades jurídicamente independientes o autónomas, pero que actúan en sus relaciones de intercambio de manera integrada o simplemente coordinada, adoptando decisiones en común, pudiendo con ello llegar a crear la apariencia de un único ámbito de organización y gestión, una realidad económica unitaria (…)"*[45].

Es evidente que esta forma de organización empresarial derivada de las transformaciones económicas posee efectos importantes en el Derecho del Trabajo, pues, tras la aparente multiplicidad de empresarios que conforman el grupo puede existir en los hechos un único empleador, cuya determinación resulta primordial a efectos de imputar fundamentalmente el cumplimiento de las obligaciones de carácter laboral y previsional con relación al personal subordinado a aquél, así como su antigüedad laboral. La frase "puede existir" no es casual, pues es factible que el grupo de empresas no siempre concentre en la dirección unitaria el poder de decisión en política laboral. Deberá deter-

42 LANTARON BARQUIN, David. Problemática jurídico-laboral del contrato de franquicia: su proyección sobre la condición de empleador. En: SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo y otros. Impacto laboral de las redes empresariales. Granada. Editorial Comares. 2018. p.50-

43 EMBID IRUJO, José Miguel. "El significado jurídico de los grupos de sociedades. La corporate governance". En: Ekonomiaz: Revista vasca de economía. No. 68. Año 2008. p.85.

44 CAMPS RUIZ, Luis Miguel. "Problemática jurídico-laboral del grupo de empresas: puntos críticos" En: Grupos de empresas y Derecho del Trabajo. AAVV, Ed. Trotta, Madrid, 1994, p.87.

45 MARTIN VALVERDE. "Tratado Práctico de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social". Navarra. Editorial Aranzadi. 2005. p. 388.

minarse quién y en qué casos tiene el poder de decisión a efectos laborales para verificar en qué situaciones es el grupo, las unidades empresariales o ambos, el verdadero empleador[46].

La jurisprudencia española ha tratado de manera amplia al agrupamiento empresarial, habiendo el Tribunal Supremo señalado que son elementos que delinean al grupo de empresas, la pluralidad de personas jurídicas que lo conforman, la independencia jurídica de las mismas, y su vinculación en plano de igualdad o coordinación[47]. Sin embargo, no atribuye en general al grupo de empresas la condición de empleador, sino que se concentra en aquellos casos en los que la agrupación empresarial es fraudulenta, es decir, que se constituye con el propósito de encubrir la existencia de un único empresario tras la aparente pluralidad con la finalidad de evadir el cumplimiento de las obligaciones laborales de sus trabajadores[48]. Arce sostiene acertadamente que "*la jurisprudencia reconoce al grupo como empleador allí donde realmente no existe grupo, sino una sola empresa con apariencia formal de grupo*"[49]. Se atribuye efectos laborales al grupo en situaciones de fraude a la ley.

A guisa de ejemplo, en la sentencia del Tribunal Supremo Español (TS) de *fecha* 21 de diciembre de 2000 (STS 9505/2000) 50 se sostuvo que para lograr

46 ARCE ORTIZ, Elmer. "Grupo de empresas y Derecho Laboral". En: Ius et veritas. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Año XIII. No. 26. p.258.

47 Tomado de SEMPERE NAVARRO Antonio y ARETA MARTINEZ María. "El Derecho del Trabajo y los Grupos de Empresas: inventario". En: Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales No. 48 Madrid. Año 2004, p.100.

48 ARCE ORTIZ, Elmer. "La circulación de trabajadores en el grupo de empresas". Madrid, Editorial Mergablum, 2003. p. 48.

49 Ibídem.

50 Por su parte la sentencia de 3 de noviembre de 2005, recurso 3400/04 señala: "Es doctrina jurisprudencial reiterada de esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo que el grupo de empresas a efectos laborales no es un concepto de extensión equivalente al grupo de sociedades del Derecho Mercantil. El reconocimiento del grupo de empresas en el ordenamiento laboral, cuyos efectos se manifiestan sobre todo en la comunicación de responsabilidades entre las empresas del grupo, exige la presencia de una serie de factores atinentes a la organización de trabajo; y estos factores, sistematizados en la sentencia de 3 de mayo de 1990 y en otras varias posteriores como la de 29 de mayo de 1995 , la de 26 de enero de 1998 y la de 26 de diciembre de 2001 , configuran un campo de aplicación normalmente más restringido que el del grupo de sociedades. En concreto, estos factores específicos del grupo de empresas en el ordenamiento laboral consisten en la existencia de un funcionamiento integrado de la organización de trabajo, o en la prestación de trabajo indistinta o común a las empresas del grupo, o en la búsqueda artificiosa de dispersión o elusión de responsabilidades laborales. En consecuencia, de acuerdo con la propia doctrina jurisprudencial, la mera presencia de administradores o accionistas comunes (STS 21-12-2000, rec. 4383/1999;

la responsabilidad común de los conformantes del grupo empresarial hace falta un plus, un elemento adicional, el cual se presenta cuando la vinculación entre las empresas reúna ciertas características especiales como el funcionamiento integrado o unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo, la confusión de trabajadores en razón a la prestación de trabajo indistinta o común, simultánea o sucesiva a favor de varias empresas que no son en términos formales los empleadores del trabajador, la confusión de patrimonios, así como

la búsqueda mediante la configuración de empresas aparentes, es decir, sin sustrato real, de una elusión de responsabilidades laborales. Esto no es otra situación que el fraude.

Posteriormente, en la sentencia TRAGSA[51], el TS reconoce que existe un desfase entre la normativa vigente en materia de sociedades mercantiles y la realidad económica en materia de grupos de sociedades, señalando que el concepto de grupo patológico se debe reservar a los casos de ocultación o fraude que impliquen una responsabilidad solidaria, pero en los supuestos que no exista fraude u ocultación, se debe hablar de empresa grupo o empresa de grupo.

Según el TS no es suficiente que dos o más empresas pertenezcan al mismo grupo empresarial para derivar sin más una responsabilidad solidaria respecto a sus obligaciones frente a sus propios trabajadores, al ser personas jurídicas independientes y se requiere la presencia de elementos adicionales, y estudio de la situación concreta de cada caso.

Esta sentencia del TS enumera los elementos adicionales para la existencia de responsabilidad solidaria del grupo de empresas patológico, a saber, el funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo, la confusión patrimonial, unidad de caja, la utilización de fraudulenta de la personalidad jurídica mediante la creación de una empresa aparente, el uso abusivo de la dirección unitaria.

Esta corriente jurisprudencial del TS que pone de relieve a los grupos patológicos, supone la aplicación de la doctrina societaria del levantamiento del velo.

STS 26-12-2001, rec. 139/2001), o de una dirección comercial común (STS 30-4- 1999, rec. 4003/1998), o de sociedades participadas entre sí (STS 20-1-2003, rec. 1524/2002) no es bastante para el reconocimiento del grupo de empresas a efectos laborales. (…)" (énfasis nuestro).

51 STS de 20 de octubre de 2015, RJ 2015/5210.

En nuestro país no existe normativa laboral de carácter general sobre los grupos de empresas[52] salvo una referencia en aquella que regula a las microempresas, limitada en su ámbito al régimen laboral especial existente en dicho sector[53].

Lo que abunda son criterios jurisdiccionales que atribuyen responsabilidad solidaria a las empresas que conforman un grupo empresarial sin mayor argumento que la constatación de la pertenencia a grupo empresarial[54]. Así tenemos al Pleno Jurisdiccional Nacional del año 2008 en el cual se acordó que, *"existe solidaridad en las obligaciones laborales no solamente cuando se configuran los supuestos previstos en el artículo 1183º del código civil sino, además en los casos en los que exista vinculación económica, grupo de empresas o se evidencia la existencia de fraude con el objeto de burlar los derechos laborales de los trabajadores".*

Luego de lo expresado huelga reiterar que no existe una concepción única de grupo de empresas ni sus efectos laborales. Sin embargo, es importante para la disciplina laboral, a diferencia de la mercantil, ubicar al real empleador. No ocurrirá siempre que el grupo sea el empleador, habrá que determinar en cada caso concreto quien ostenta el poder de dirección. Esto supondrá, la difícil tarea

52 En cambio existen normas en otras disciplinas como la de mercado de valores (Reglamento de Propiedad Indirecta, Vinculación y Grupos Económicos, aprobado por Resolución SMV N° 019-2015-SMV/01), o la financiera (Normas Especiales sobre Vinculación y Grupo Económico, Resolución S.B.S. N° 5780-2015), a la cual recurren los Jueces Laborales peruanos cuando conocen casos sobre grupos de empresas.

53 En efecto, el artículo 40º del Texto Único Ordenado de la Ley de Promoción de la Competitividad, Formalización y Desarrollo de la Micro y Pequeña Empresa y del Acceso al Empleo Decente, Ley MYPE, aprobado por Decreto Supremo No. 007-2008-TR excluye de los beneficios previstos en dicha norma para las micro y pequeñas empresas a aquellas que, entre otros casos, conformen un grupo económico que en conjunto no reúnan las características previstas en la norma para permitir el acceso a los beneficios contemplados en ella o tengan vinculación económica con otras empresas o grupos económicos nacionales o extranjeros que no cumplan con dichas características Por su parte el artículo 4º de su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo No. 008-2008-TR, considera como grupo económico al conjunto de empresas, cualquiera sea su actividad u objeto social, que están sujetas al control de una misma persona natural o jurídica o de un mismo conjunto de personas naturales o jurídicas.

54 En la Casación No. 951-2005-LIMA se atribuyó responsabilidad solidaria a dos empresas basándose en la circulación de trabajadores entre las mismas, laborando de manera subordinada. No bastaba que la primera fuera accionista mayoritaria de la segunda. En la Casación Laboral N° 328-2012 Lima se señaló que la condena al pago solidario opera si se comprueba la existencia de fraude en la contratación de los trabajadores con el ánimo de eludir obligaciones laborales, no siendo suficiente que exista un grupo empresarial. Asimismo, en la Casación No. 10759-2014-LIMA, el Supremo Tribunal imputó solidaridad en el pago de beneficios laborales a empresas de un mismo grupo empresarial en razón a que todas se beneficiaron con los servicios del ex trabajador, no por el solo hecho de pertenecer a un grupo. Lo mismo se ha resuelto en la Casación No. 4871-2015-Lima, entre otras.

de verificar quién posee la "capacidad de decidir sobre el sentido económico de la prestación de trabajo según el plan empresarial"[55]. Advertimos que este ejercicio no es nada sencillo máxime si los grupos van cambiando. Las consecuencias que estas fórmulas de organización empresarial tienen sobre el empleo son evidentes, toda vez que inciden en el incremento del empleo temporal y, por ende en la creación de "trabajadores de segunda categoría" que laboran en condiciones de trabajo inferiores a las que ostenta el personal de la empresa principal. Surgen así grupos de trabajadores de centro y de la periferia, en función a su mayor o menor cercanía al núcleo de la empresa.

El abordaje de la problemática de los grupos de empresa en nuestro ordenamiento no ha sido sesudo sino meramente superficial, fijando una regla de responsabilidad solidaria pero sin ir más allá, omitiendo cualquier planteamiento de empleador plural que fomentaría especialmente el ejercicio de los derechos colectivos por parte de los trabajadores de la empresa principal.

3. PLATAFORMAS DE SERVICIOS Y RELACIONES LABORALES 4.0

La irrupción tecnológica ha impactado aún más en las relaciones laborales llegando a negar su existencia cuando el servicio de una persona natural es prestado a través de plataformas virtuales que ponen en contacto a la oferta y la demanda. Esta condición es denominada "on demand" o "Gig economy". La doctrina estadounidense denomina a este nuevo modelo de negocio como "uber economy" o crowdwork offline específico, el cual implica que un servicio clásica o típicamente ejecutado por un trabajador sea asignado hacia un gran número de individuos en forma de llamamiento o convocatoria[56]

Los negocios en los que se presentan estas plataformas de servicios, son entre otros, los siguientes: Uber[57], Cabify[58] (transporte de pasajeros), Glovo[59] (reparto

55 ARCE "La circulación…" op.cit p. 84-85.

56 TODOLI SIGNES Adrián. El Impacto de la 'Uber Economy' en las relaciones laborales: Los efectos de las plataformas virtuales en el contrato de trabajo (Uber Economy Impact on the Industrial Relationships: The Effect of the Virtual Platforms on the Employment Contract Concept). IUS Labor). Diciembre de 2015. Acceso el 10 de julio de 2021. En : https://ssrn.com/abstract=2705538. p. 3.

57 https://www.uber.com/

58 https://cabify.com/es

59 https://glovoapp.com/

de comida, servicio de courier), Uber eats[60] (reparto de comida), Rappi[61] (reparto de comida, correspondencia, bienes en general). Deliveroo[62] (reparto de comida), FlyCleaners[63] (lavandería), Sharing academy[64] (profesores particulares), entre otros casos, algunos de los cuales se encuentran en nuestro país y otros aún no. Conviene precisar que cuando el cliente recurre a estas plataformas de servicios lo hace en busca de recibir un servicio específico como el transporte, enseñanza o reparto de comida, y esto es importante pues al dedicarse a una actividad concreta, las plataformas tienen un mayor control sobre sus trabajadores, o prestadores de servicios, en este caso[65]. Se valora mucho al cliente, por lo que se pide al finalizar el servicio que se califique al proveedor, pudiendo en muchos casos dejar de asignar servicios a quienes obtengan una puntuación baja.

Un ejemplo mundialmente conocido, y utilizado, de la plataforma de servicios es Uber. Dicha empresa opera a través de una plataforma virtual mediante la cual las personas obtienen servicios de transporte de pasajeros. Cualquier usuario, mediante un aplicativo móvil (*app*) gratuito puede acceder automáticamente al conductor Uber más cercano y solicitar el servicio. El GPS es el sistema empleado para enlazar al usuario con el conductor. Es importante advertir que Uber no posee automóviles ni contrata choferes. Los conductores que se inscriben en la aplicación deben superar con éxito el proceso de admisión, el cual incluye presentar su licencia de conducir, registro del vehículo y seguro. Uber requiere al conductor que el vehículo que se utilice sea de menos de 10 años de antigüedad. Inclusive para prestar servicios en la categoría Uber Black se piden vehículos de alta gama. El costo del servicio viene fijado por Uber, por lo que el pasajero ni el conductor pueden negociarlas. Uber obtiene sus beneficios por cada viaje realizado donde cobra entre 10 y el 20% de cada transacción. Los clientes pueden evaluar al conductor y estas evaluaciones son públicas para el resto de aquellos.

Si el conductor obtiene evaluaciones negativas, Uber puede deshabilitarle el acceso a la aplicación. El conductor tiene la potestad de determinar si presta o el servicio o no, pudiendo inclusive negarse a tomar algunos viajes, con la

60 https://www.ubereats.com/en-US/
61 https://www.rappi.com/
62 https://deliveroo.co.uk/
63 http://flycleaners.com/
64 https://sharingacademy.com/en/
65 TODOLI, op.cit. p. 4.

única excepción de que si acepta brindar el servicio no puede luego retractarse. Si el conductor no presta servicios por un periodo de tiempo, Uber lo desactiva, pudiendo este retornar a través de una nueva solicitud. Uber recomienda a los conductores vestir de manera apropiada, abrir la puerta de su cliente para que entre en el vehículo y que tenga preparado un paraguas en caso de lluvia. Adicionalmente, el conductor debe proveerse del vehículo, asumir gastos de gasolina, seguro vehicular, entre otros.

La pregunta que surge en este caso, y en todos aquellos en los que nos encontramos ante plataformas de servicios es si la actividad que realizan los "proveedores" es autónoma o debe considerarse como subordinada y por ende laboral. Y por ende, si el aplicativo sería considerado como empleador. El paradigma clásico para determinar la existencia de una relación laboral no resulta en absoluto aplicable a esta actividad.

En efecto, como lo manifestaban Ermida y Álvarez en un muy interesante trabajo hace dos décadas, *"las nuevas formas de organización del trabajo son recurrentemente mencionadas como (…) causa de cuestionamiento de la subordinación jurídica como criterio determinante de la existencia de un contrato o relación de trabajo y, consecuentemente, de la aplicación del Derecho Laboral (…)"*[66]. ¿Cómo queda entonces la subordinación como indicio de laboralidad por excelencia ante estas nuevas formas de prestación de servicios aparentemente autónomas como las ya mencionadas? Los mismos autores sostienen una tesis vigente en la actualidad: "*la validez de la subordinación como uno de los criterios determinantes de la aplicación de la tutela laboral clásica, a condición de que aquella sea interpretada con amplitud, agresividad y creatividad, de modo de alcanzar las hipótesis de simulación, irrealidad y fuga*"[67]

Esto supondrá emplear elementos adicionales para realizar el análisis de laboralidad de estos modelos de negocios, recurriendo por ejemplo a la ajenidad, dependencia económica, inserción en organización empresarial, entre otros. Estos elementos son denominados por la doctrina como rasgos sintomáticos de la relación laboral, definiéndose a los mismos como ''*un conjunto de elementos de hecho de lo más diversos, que permiten decidir a quién efectúa la calificación, muchas veces indirectamente y por vía de presunción, sobre la existencia de un*

66 ERMIDA URIARTE Oscar y Hernández Álvarez, Oscar Crítica de la subordinación. Ius Et Veritas Lima. 2002. p. 286.

67 Ibid. p. 295.

vínculo de subordinación jurídica, no necesariamente porque sean evidencia de un mando efectivo, sino indicios de la presencia del derecho de mandar y la obligación de obedecer"[68]. Desde luego, los rasgos que se apliquen a los servicios prestados mediante plataformas deben superar a aquellos que tradicionalmente han sido empleados para determinar la existencia de una relación laboral pues pueden no resultar aplicables.

Así lo entendió un pronunciamiento en primera instancia recaído en el caso Uber[69], confirmado por la Corte de Apelaciones en noviembre de 2017 y luego por la Corte Suprema en febrero de 2021, emplea indicios nuevos de laboralidad para concluir que los conductores de Uber del Reino Unido poseen un vínculo laboral con la plataforma de servicios. Entre los argumentos empleados cabe resaltar al hecho que los choferes conducen debajo una marca ajena y que además Uber publicita a su marca, no a los conductores o prestadores de servicios. Se indica en la sentencia que resulta complicado entender la coordinación entre empresas al referirse a Uber y a los conductores. Se trataría de la empresa Uber y los empresarios unipersonales (choferes); la imposibilidad de los conductores de crecimiento en su negocio. Indica la sentencia que, si los autónomos fueran pequeños empresarios, tendrían al menos potenciales posibilidades de crecimiento, hecho que no se presenta en este caso pues el crecimiento dependerá del incremento de horas de actividad de los choferes; la plataforma controla información clave para el desarrollo del negocio; Uber puede modificar unilateralmente los términos del contrato. La sentencia señala que es ridículo el argumento de que en Londres existan 30,000 pequeños empresarios unidos por una única plataforma[70].

A partir de estos nuevos indicios la judicatura del Reino Unido considera que Uber posee una relación laboral con sus conductores.

Otros indicios de laboralidad empleados por la jurisprudencia comparada son la existencia de un proceso de selección previo al registro del proveedor en la plataforma digital de acuerdo con los criterios de la propietaria de dicha plataforma; libertad del autónomo para aceptar o rechazar el encargo dentro de la plataforma

68 SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. El contrato de locación de servicios. Frente al Derecho Civil y al Derecho del Trabajo. Lima. Gaceta Jurídica. 2000. pp. 115 y ss.

69 Mr. Y Aslam, Mr. J Farrar and Others -V- Uber. 28 October 2016. Case Numbers: 2202551/2015 & Others. Recuperado el 28/12/2018 de: <https://www.judiciary.uk/judgments/mr-y-aslam-mr-j-farrar-and-others-v-uber/>.

70 Recuperado el 10/0/2021 de: <https://adriantodoli.com/2016/11/02/comentario-a-la-sentencia-que-declara-la-laboralidad-de-los-conductores-de-uber-en-uk/>.

digital donde figura como "disponible" para prestar el servicio; inexistencia de organización empresarial de los usuarios (autónomos), siendo irrelevante en ocasiones la aportación del propio vehículo para la prestación del servicio cuando éste no tiene la importancia suficiente; asistencia "de un modo regular y continuado" a un lugar determinado por la plataforma para prestar el servicio por parte del usuario, así como la habitualidad o continuidad en la prestación de los servicios; establecimiento de rutas y horarios en algunos casos; existencia de códigos de comportamiento para la prestación y calidad del servicio; instrucciones para la ejecución y organización de los servicios de acuerdo con procedimientos preestablecidos por la plataforma; sistema de valoraciones del cliente respecto al servicio prestado y posible desconexión de la plataforma en caso de evaluación negativa[71].

En nuestro país no existe a la fecha normativa alguna que considere al aplicativo como el empleador de los prestadores de servicios autónomos. Más allá de un informe de una comisión convocada por el Ministerio de Trabajo o de algún proyecto de ley del Congreso que se limita a importar una realidad distinta a la nuestra, no han existido avances. Esta indefinición perjudica al trabajador (o prestador de servicios), por lo que este tema debería ser abordado. El Consejo Nacional de Trabajo, que es nuestro punto de encuentro para el diálogo social entre los actores laborales, debería ponerlo en agenda en un lapso no muy prolongado. Si bien en nuestro país la informalidad es una mochila pesada que cargamos desde hace muchos años y se ha incrementado por los estragos en la economía nacional generados por el impacto de la pandemia del COVID-19 y las medidas gubernamentales orientadas a evitar su propagación que se implantaron desde inicios del año 2020, este tema es distinto pues los aplicativos son formales.

El tema merece una toma de posición derivada del diálogo de ambas partes (trabajadores, aplicativos) con participación del Estado, para buscar un punto de equilibrio sin imponer medidas pues esto último a la larga puede terminar perjudicando a los consumidores. No perdamos de vista que el uso de los aplicativos se ha incrementado exponencialmente durante la pandemia y seguramente mantendrá un nivel mucho más alto que el período previo a la misma en los próximos años.

71 Recuperado el 10/07/2021 de: <https//cincodias.elpais.com/cincodias/2017/08/03/legal/1501757881_175784.html>.

La presencia de las tecnologías de la información y de la comunicación (TIC), además de permitir la "huida del empleador" también fortalece al existente al incrementar su poder de vigilancia y control, generando el riesgo de una posible extralimitación de las facultades del empleador que tenga como efecto la invasión de espacios de privacidad del trabajador hasta hacerlo totalmente "transparente"[72].

Como lo afirma la doctrina, la inserción de las TIC en el mundo del trabajo supone una paradoja, pues por un lado se amplía la autonomía del trabajador para organizarse y desarrollarse de mejor modo, pero otro lado, "(…) se asiste a nuevas herramientas de control a disposición del empleador, que ponen frente a nuevos riesgos en el plano del ejercicio de sus derechos fundamentales, como la intimidad o la vida privada (…)"[73].

En esa medida, si bien el establecimiento de estas herramientas para optimizar la organización empresarial y cumplir con las medidas sanitarias respectivas es sin duda alguna muy provechosa para fines de productividad y evitar en la actualidad mayores situaciones de contagio del COVID-19, la necesidad de control por parte del empleador, propia de su poder directivo, puede ocasionar implicancias de índole constitucional-laboral, en las que los derechos fundamentales laborales surgen como límite al ejercicio del poder directriz empresarial, que también posee fundamento constitucional en el derecho a la libertad de empresa[74]. Nuestro ordenamiento reconoce a estos derechos en la Constitución[75], habiéndose emitido regulación infraconstitucional sobre el derecho a la protección de los datos personales, así como una directiva del Ministerio de Justicia sobre videovigilancia laboral[76]. La potestad de acceso al correo electró-

72 CORREA CASTRO, M. El derecho del trabajo y los retos planteados por la globalización y digitalización de la economía. Albacete. Editorial Bomarzo. Junio 2019. p. 69.

73 Ugarte Cataldo, Jose Luis. El nuevo derecho del trabajo. Santiago. Legal Publishing. 2011. p. 176.

74 Artículo 59 de la Constitución Política de 1993.

75 El artículo 23 de la Constitución Política vigente señala que "ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador". Asimismo, en su artículo 2 inciso 7 recoge al derecho a la intimidad, a la imagen, en su inciso 6 a la protección de datos personales, en su inciso 10 al secreto de las comunicaciones, entre otros. No perdamos de vista que la lista de derechos enumerada en la Constitución no es una lista cerrada pues, *"(…) no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno (…)".*

76 Mediante Resolución Directoral No. 02-2020-JUS/DGTAIPD, la Dirección General de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales de la Dirección de Protección de Datos Personales del Ministerio de Justicia, aprobó la Directiva denominada "Tra-

nico laboral asignado al trabajador por parte del empleador ha sido tratada en diversos pronunciamientos judiciales.

En términos generales, existen herramientas jurídicas para lograr un equilibrio entre los derechos laborales y la libertad de empresa, aunque muchas veces las situaciones de tensión tengan que ser resueltas por el Poder Judicial. Esta discusión no constituye un tema zanjado, por lo que seguramente se seguirá tratando en el futuro.

4. CONCLUSIONES

El empleador clásico o tradicional se encuentra en franco proceso de desaparición. Como se ha reflexionado en los párrafos previos, la persona natural que ocupaba la posición de empleador, que dirigía y supervisaba personalmente a sus trabajadores prácticamente no existe. Hoy tenemos esquemas de empleadores complejos o plurales (redes empresariales, grupos de empresas), ausencia de empleador (plataforma de servicios), y quién sabe más adelante a un software como empleador.

Las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) han venido a revolucionar el sistema de relaciones laborales tal cual lo conocemos, desde el uso de herramientas para facilitar la actividad laboral como las computadoras, los teléfonos inteligentes, el internet, hasta la nueva configuración de las relaciones de trabajo con la presencia de la Inteligencia Artificial (AI)[77] en el análisis de entrevistas de trabajo o en la ejecución del mismo prescindiendo de los seres humanos mediante los *cobots*[78] y el *chatbot*[79], entre otros.

---

tamiento de Datos Personales mediante sistemas de videovigilancia.

77 MOORE, P. (s.a.) Inteligencia artificial en el entorno laboral. Desafíos para los trabajadores. En: BBVA OPENMIND. El trabajo en la era de los datos, pp. 3-14. Recuperado el 14 de julio de 2021 de: https://www.bbvaopenmind.com/wp-content/uploads/2019/11/BBVA-OpenMind-Phoebe-V-Moore-Inteligencia-artificial-en-entorno-laboral-Desafios-para-trabajadores.pdf.

78 Los cobots son robots diseñados para trabajar con personas, pudiendo interactuar con ellas y programarse previamente o en tiempo real de una forma muy sencilla, sin necesidad de una alta cualificación o formación previa. Gracias a una interfaz muy intuitiva, tras la integración del robot colaborativo cualquier operario puede enseñarle los pasos a seguir en solo unos minutos.
Además, tienen un diseño ligero y compacto, con varios ejes articulados y una gran flexibilidad, que permite su fácil integración en talleres, almacenes y laboratorios, incluso en espacios reducidos. Definición tomada de https://cadecobots.com/que-es-un-cobot/. Fecha de acceso 14 de setiembre de 2020.

79 El chatbot una herramienta tecnológica capaz de resolver un elevado porcentaje de consultas básicas propias de los servicios de atención al cliente.

La figura del empleador, como centro de imputación de obligaciones laborales y titular de facultades también se ve impactada. Su determinación resulta siempre fundamental en razón a su rol de contraparte del trabajador en la relación laboral, la cual requerirá un análisis distinto, dejando de lado viejas teorías sobre la subordinación para pasar a aplicar nociones modernas que se ajusten a los nuevos tiempos. Pretender abordar a la cambiante configuración jurídica del empleador con nociones anacrónicas genera un riesgo de desprotección laboral, en tanto el centro del Derecho del Trabajador se verá desprovisto de tutela al negar la existencia de su contraparte en situaciones atípicas en las que a simple vista no se ubique al real empleador (redes empresariales, subcontratación) o de plano se rechace la laboralidad de una determinada relación jurídica (plataformas de servicios).

Cada situación es sin duda distinta y requiere un abordaje diferente pues no podemos formular premisas que invaliden un contrato de tercerización o la vinculación mediante un aplicativo so pretexto de tutelar al trabajador pues ambas figuras se fundamentan en el derecho a la libertad de empresa que también posee respaldo constitucional. Sin embargo, recordemos que este derecho no se ejerce de manera ilimitada, sino que por el contrario encuentra a los derechos laborales como freno, en particular al derecho al trabajo, cuando se trata de situaciones de fraude laboral.

En suma, la tarea del Juez o de la autoridad inspectiva resulta compleja, pues se exigirá una adecuada fundamentación que permita desmontar una relación formalmente civil o mercantil que se estructure a partir de la subcontratación, de los grupos de empresas, plataformas de servicios, entre otros estudiados en esta ponencia, para detectar al empleador y atribuirle la responsabilidad por los derechos de los trabajadores involucrados en estas figuras jurídicas.

EL TELETRABAJO EN LA REGULACIÓN ESPAÑOLA Y EUROPEA: LA AUSENCIA DE PREVISIONES ANTE SU EJECUCIÓN TRANSNACIONAL

MARIA CARMEN TATAY PUCHADES

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Valencia (España), que cuenta con más de cuarenta publicaciones en libros o revistas científicas. Durante su formación predoctoral realizó estancias en Universidades Europeas. En su etapa postdoctoral, y tras ser galardonada por la OISS, ha estrechado vínculos con Instituciones de Latinoamérica, impartiendo asiduamente clases de postgrado en Chile. También ha asesorado en reformas sobre Seguridad Social.

MIREIA LLOBERA

Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Valencia (España). Especialista, como profesional e investigadora, en el régimen jurídico del trabajo internacional (Expatriates). Se ha formado en la Universidad de Harvard y de Londres y ha desarrollado su actividad profesional en organizaciones privadas e instituciones públicas de primer nivel, como la Organización Internacional del Trabajo, Cuatrecasas Abogados, o el Consejo de Relaciones Laborales de Castilla la Mancha.

ABSTRACT: The digitization of the economy, especially in the context of the pandemic caused by the Covid-19 crisis, opens a new scenario of analysis on different alternatives for regulating telework. This study analyses the Spanish and European standards that adapt the current legal framework to such substantial transformation of the world of work. In many respects, such regulations are no longer adequate to address the challenges of the digital economy and the provision of those services across borders. It is thus required a new approach and a complete and in-depth assessment of the problems of interpretation and application with respect to the place of provision of services of international teleworkers, in order to determine the applicable working conditions and the applicable law on Social Security.

KEYWORDS: International telework, digital services, covid-19.

I. INTRODUCCIÓN

Hace años que viene apuntándose cómo en una economía globalizada y digitalizada, las empresas además de acudir a la «*deslocalización*» para aumentar su competitividad[1], han podido recurrir al «*teletrabajo*» transfronterizo o transnacional con idéntica finalidad y sin necesidad de crear filiales ni desplazar a trabajadores a terceros países[2], manteniendo igualmente unas «*libérrimas condiciones de trabajo*» en dichos estados[3] y encubriendo un evidente «*dumping social*»[4].

1 Sobre esta práctica, PÉREZ DE LOS COBOS Y ORHIUEL, F. "Problemas laborales de la deslocalización de empresas". *Actualidad Laboral*, 2006, nº 3, pp. 242-264.

2 Por todos, SANGUINETI RAYMOND, W. *Teletrabajo y globalización: en busca de respuestas al desafío de la transnacionalización del empleo* (Informe realizado para el Proyecto Europeo sobre Teletrabajo, desarrollado por la ITSS de España, bajo Dir. AL. Sánchez Iglesias). Salamanca, 2002, pp. 14 y ss, con acopio de doctrina que también venía subrayando ese fenómeno.

3 En este sentido, PÉREZ DE LOS COBOS Y ORIHUEL, F. y THIBAULT ARANDA, J. *El teletrabajo en España. Perspectiva jurídico-laboral.* Pub. MTAS, Madrid, 2001, pp. 108-112.

4 Incidiendo en el consecuente dumping social, por orden cronológico y entre otros: ROMERO BURRILLO, AMª "Algunas consideraciones sobre el teletrabajo transfronterizo". *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo (X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Zaragoza, 28 y 29 de mayo de 1999).* Pub. MTAS, Madrid, 2000, p. 1147 y 1150; SERRANO OLIVARES, R. "Jurisdicción competente y ley aplicable al teletrabajo transnacional". *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, nº 2, 2001, p. 1239; así como de la misma autora, "Jurisdicción competente y la ley aplicable al ciberempleo transnacional (algunas propuestas sobre cómo afrontar el riesgo de «dumping social»). *Cuadernos de derecho judicial,* nº 15, 2004, pp. 213 y ss; MORENO MÁRQUEZ, A. "Ley aplicable al teletrabajo transnacional: problemas existentes y posibles soluciones". *Revista de Contratación Electrónica*, nº 58, 2005, p. 7 de 34, en https://vlex.es/vid/teletrabajo-transnacional-existentes-248850 (consulta 14/07/2021);

Se trata de una realidad que ha cobrado mayor visibilidad, después de que la Organización Mundial de la Salud (OMS) haya reconocido el carácter de pandemia a la situación mundial derivada de la enfermedad Covid-19 causada por el SARS-CoV-2[5]. Y ello como consecuencia del aumento del trabajo a distancia o remoto, prestado desde fuera de las instalaciones de la empresa mediante el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones o tecnologías móviles (T/TICM)[6].

Ciertamente, el incremento mundial del T/TICM permite replantear la idoneidad de las regulaciones nacionales e internacionales que se ocupan de ordenar las relaciones laborales y el derecho a la Seguridad Social de quienes trabajan de esa manera[7]. Por ello, a través de esta escueta aportación, en primer lugar y de forma sintética, se describen las normas españolas que han ordenado el trabajo por cuenta ajena que se presta a distancia y en virtud de medios telemáticos, sean fijos o móviles, sobre todo a partir de la pandemia derivada de la Covid-19. Se trata de destacar algunas de esas reglas que, lamentablemente, guardan silencio con relación al teletrabajo que o bien se realiza desde España para empresas ubicadas en terceros países, o bien se presta desde el extranjero para empresas situadas en territorio nacional.

En segundo lugar, y con mayor detenimiento, este estudio profundiza en el marco jurídico aplicable a los teletrabajadores en el ámbito europeo, intentando determinar cuál ha de ser la ley aplicable a quien teletrabaja para empresas que

---

y MARTÍN-POZUELO LÓPEZ, A. "El teletrabajo y el derecho internacional privado: el régimen particular del teletrabajo transnacional", en AAVV (Dir. T. Sala Franco). *El Teletrabajo.* Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2020, pp. 101-102 y 109.

5 Apuntando ejemplos de esa visibilidad: TATAY PUCHADES, C. "Teletrabajo, conciliación y género", en AA.VV (Coord. E. Monreal Bringsvaerd, X. Thibault Aranda y A. Jurado Segovia), *Derecho del trabajo y nuevas tecnologías. Estudios en homenaje al profesor Francisco Pérez de los Cobos Orihuel (en su 25 aniversario como catedrático de Derecho del Trabajo*). Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2020, pp. 558-559.

6 Término acuñado para referirse al teletrabajo prestado mediante teléfonos inteligentes, tablets, ordenadores portátiles y ordenadores de sobremesa, en el informe publicado por EUROFOND-OIT. *Working anytime, anywhere: The effects on the world of work*, 2017. Disponible en: https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_publication/field_ef_document/ef1658en.pdf (consultado 14/07/2021).

7 Entre las contribuciones más recientes, véase MARTÍN-POZUELO LÓPEZ, A. "El teletrabajo y el derecho internacional…" *ob. cit.,* pp. 103-144; así como, más sintéticamente, GARCÍA RUBIO, MªA. "El trabajo a distancia en el RDL 28/2020: concepto y fuentes reguladoras", en AAVV (Dir. M. López Balaguer). *El trabajo a distancia en el RDL 28/2020*. Ed. Tirant lo blanch, Valencia, pp.54-56.

radican en otro Estado miembro de la Unión Europea. El análisis pone de manifiesto que, en muchos aspectos la regulación comunitaria ya no resulta adecuada para abordar los desafíos de la economía digital. Se requiere un nuevo enfoque y una evaluación compleja de los problemas de interpretación y aplicación con respecto al lugar de prestación de servicios de los teletrabajadores internacionales, a fin de poder determinar sus condiciones de trabajo y de Seguridad Social. En ese sentido, quizá el desplazamiento virtual del trabajo no difiere tanto del desplazamiento físico de los trabajadores y, por tanto, admite un tratamiento normativo similar.

II. LA REGULACIÓN DEL TELETRABAJO EN ESPAÑA

1. La situación y la regulación pre Covid-19

Antes de la pandemia causada por el virus SARS-CoV-2, en España se constataba un escaso desarrollo del teletrabajo[8]. Mientras que, a nivel internacional, se advertía una oscilación en su uso desde el 2% al 40%, dependiendo del país, profesión, sector o frecuencia de utilización, aunque, con alcance general: era mayor el porcentaje de personas que recurrían al teletrabajo de forma ocasional que regular; y devenía más común entre los profesionales y los directivos, si bien igualmente resultaba significativo en tareas administrativas y en ventas[9].

Por entonces art. 13 RDLeg. 2/2015 (ET, en adelante)[10] –que actualmente remite a la Ley 10/2021, de trabajo a distancia[11]- regulaba con notables deficiencias el "*trabajo a distancia*", concebido como una modalidad de trabajo en la que "*la prestación de la actividad laboral*" se realizaba "*de manera preponderante en el domicilio del trabajador o en el lugar libremente elegido por este, de modo alternativo a su desarrollo presencial en el centro de trabajo de la empresa*". Dicho precepto, además de no referirse a la utilización de las tecnologías de la información o comunicación, expulsaba, entre otros, a quienes no elegían el lugar de trabajo o a quienes trabajaba fuera del centro de trabajo de forma no predominante. Asimismo sus escuetas previsiones apenas reparaban en las especificaciones que

8 Incidiendo en los datos publicados por el Instituto de Estadística español TATAY PUCHADES, C. "Teletrabajo, conciliación…" *ob. cit.,* pp. 559 y 561-562.

9 Así se desprende del informe de EUROFOND-OIT. *Working anytime, anywhere…: ob. cit.*

10 RDLeg. 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (BOE 24/10/2015).

11 Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia (BOE 10/07/2021).

requería el teletrabajo, limitándose a formular una reiteración genérica y sin matizaciones sobre la aplicación de los derechos laborales a los trabajadores a distancia: retribución, formación, promoción profesional, ejercicio de derechos de representación colectiva (apartados 3 y 5, anterior art. 13 ET), así como una declaración genérica del derecho a "*una adecuada protección en materia de seguridad y salud resultando de aplicación…, la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales* (LPRL, en lo sucesivo) *y su normativa de desarrollo*" (anterior art 13.4 ET). Y, en fin, se dejaban sin solución relevantes cuestiones tales como: ¿quién debía poner los medios o asumir los costes que originaba el trabajo a distancia?; ¿cuándo y cómo se producía la reversión al trabajo presencial?; o ¿qué régimen de jornada y descansos cabía aplicar?:

Pero que el antiguo art. 13 ET no ordenara muchas formas de teletrabajo o no concretara importantes aspectos para quienes lo realizaban, no impedía que otras fuentes normativas vinieran a regularlo. Diversamente, no sólo cabía la autonomía de la voluntad o el acuerdo de empresario/trabajador para ordenarlo, sino que algunos convenios colectivos sectoriales -adoptados de conformidad con el Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo (AMT)[12] o atendiendo a posteriores Declaraciones sectoriales alcanzadas por los agentes sociales a nivel europeo, a las que más tarde se aludirá- abordaban esa forma de trabajar. Advirtiéndose una mayor concreción en el ámbito de los convenios o acuerdos de empresas, donde habitualmente se ha teletrabajado (Nokia, Telefónica, Orange, BBVA, AXA, Repsol…). A ello se sumaba una normativa experimental para el personal de la Administración General del Estado y abundantes previsiones para las administraciones autonómicas que, en la práctica, resultaban inoperantes.

Además, con posterioridad, se aprobaron algunas previsiones que afectaban a los trabajadores a distancia. Más concretamente: se reguló su derecho a "*la desconexión digital*" (art. 20 bis ET introducido por DF 13ª LO 3/2018[13], así como art. 88.3 de esta última Ley Orgánica); se reconoció el derecho a solicitar adaptaciones en "*la forma de prestación*" del trabajo "*incluida la prestación… a distancia*" para hacer efectiva la conciliación de la vida familiar y laboral (art.

12 Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo, suscrito el 16 de julio de 2002, por UNICE/UEAPME, CEEP y CES (incluyendo representantes del Comité de Enlace CEC/Eurocuadros).

13 LO 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (BOE 06/12/2018), para adaptar la normativa española al Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento y el Consejo.

34.8 ET, tras RDL 6/2019[14]); y se prescribió el "*registro diario de jornada, que deberá incluir el horario concreto de inicio y finalización*" (art. 34.9 ET, añadido por art. 10. 2 RDL 8/2019[15]) también para los trabajadores a distancia.

2. Medidas normativas adoptadas con urgencia durante la Covid-19

Para gestionar la crisis sanitaria ocasionada por la enfermedad Covid-19, en España se decretó un estado de alarma -ahora considerado inadecuado[16]-, en términos que fueron prorrogándose[17] hasta el inicio de una llamada *"nueva normalidad"*[18]. Pero el incremento de los brotes y la transmisión descontrolada de la enfermedad propició un segundo estado de alarma que, tras ser prorrogado, finalizó el pasado 9 de mayo de 2021[19], aunque siguen perviviendo limitaciones para la población mientras se culmina el proceso de vacunación.

Y, de forma similar a otros países europeos[20], al decretarse ese estado de alarma: por un lado, se declaró la suspensión de la actividad educativa presencial para impartirla "*a través de las modalidades a distancia y «on line», siempre que ello resultara posible*"[21]; y, por otro lado, se apostó por el carácter "*preferente*"

14 RDL 6/2019, 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación (BOE 7/03/2019), que se inspiró en el proyecto de la actual Directiva (UE) 2019/1158, del Parlamento y del Consejo.

15 RDL 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo (BOE 12/03/2019).

16 Así se sostiene en Sentencia del Tribunal Constitucional de 19 de julio de 2021, resolviendo el recurso de inconstitucionalidad núm. 2054-2020, interpuesto por el grupo parlamentario Vox del Congreso de los Diputados.

17 Por RD 463/2020, de 14 de marzo, se declaró el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19 (BOE 14/03/2020), en términos que modificó el RD 465/2020, de 17 de marzo (BOE 18/03/2020). Inicialmente se determinó que dicha alarma abarcaría 15 días naturales hasta el 28 marzo de 2020, pero después fue sucesivamente prorrogándose por períodos quinquenales hasta las 00:00h del 21 de junio de 2020 (así mediante los RRDD 476/2020, de 27 de marzo; 487/2020, de 10 de abril, 492/2020, de 24 de abril, 514/2020, de 8 de mayo, 537/2020, de 22 de mayo y, en fin, RD 555/2020, de 5 de junio).

18 Y ello en virtud del RDL 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19 (BOE 10/06/20).

19 Mediante RD 926/2020, de 25 de octubre, se declaró un nuevo estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2, hasta las 00:00h del 9 de noviembre de 2020 (BOE 25/10/2020), en términos que se prorrogaron hasta las 00:00h del 9 de mayo de 2021 (RD 956/2020, de 3 de noviembre).

20 Informe de Eurofond: *Living, working and Covid-19* (abril, 2020). Disponible en: https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_publication/field_ef_document/ef20058en.pdf (consulta 14/07/2021).

21 De este modo se dispuso por art. 9.2 del ya citado RD 463/2020 por el que se decretó inicialmente

del "*trabajo a distancia*". Ciertamente, las empresas debían establecer "*sistemas de organización"* que permitieran mantener la actividad *"por medio del trabajo a distancia…, si ello es técnica y razonablemente posible y si el esfuerzo de adaptación necesario resulta proporcionado*", como mecanismo prioritario "*frente a la cesación temporal o reducción de la actividad*" (art. 5 RDL 8/2020)[22]. Esto es, frente a los Expedientes Temporales de Regulación de Empleo que se introdujeron para hacer frente al cierre o disminución de la actividad de numerosas empresas como consecuencia de la Covid-19 (arts. 22 y 23 RDL 8/2020, prorrogados, por ahora, hasta 30 de septiembre de 2021). Anunciándose que, precisamente para apoyar a las empresas a implementar las formas organizativas de trabajo no presencial "*se pondrá en marcha un programa de financiación del material correspondiente mediante la activación de ayudas y créditos para PYMEs dentro del programa ACELERA PYME de la empresa pública RED.ES*" (Exp. Motivos y DA 8ª RDL 8/2020) y previéndose una dotación de los fondos europeos percibidos para destinar al plan España digital 2025.

De modo que a fin de "*facilitar el ejercicio de la modalidad de trabajo a distancia en aquellos sectores, empresas o puestos de trabajo en las que no estuviera prevista*" con anterioridad a la situación de emergencia ocasionada por la pandemia derivada de la Covid-19, se dispuso que "*se entenderá cumplida la obligación de efectuar la evaluación de riesgos*" en los términos que exige el art. 16 de la LPRL, mediante la mera "*autoevaluación realizada voluntariamente por la propia persona trabajadora*" (art. 5 RDL 8/2020).

La vigencia de la apuntada preferencia por el trabajo a distancia realizado bajo esas mínimas condiciones de seguridad y salud en el trabajo y sin mayores matizaciones, inicialmente sólo alcanzaba hasta 3 meses tras la finalización del primer estado de alarma, pero todavía deviene aplicable en los términos que prorrogó la DT 3ª RDL 28/2020, de trabajo a distancia[23], o posterior DT 3ª Ley 10/2021, de igual nombre, según se indica después.

Asimismo, como consecuencia de la crisis sanitaria derivada de la Covid-19, se reforzó el derecho a la adaptación y/o reducción de la jornada para quienes "*acrediten deberes de cuidado respecto del cónyuge o pareja de hecho, así como res-*

en España el estado de alarma como consecuencia de la Covid-19.

22 RDL 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del Covid-19 (BOE 18/03/20).

23 RDL 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia (BOE 23/09/2020).

pecto de los familiares por consanguinidad hasta el segundo grado" (art. 6.1 RDL 8/2020, modificado por art. 15 RDL 15/2020[24], de 21 de abril). Se trataba del llamado "*Plan MECUIDA*" -vigente, por ahora, hasta el 30 de septiembre de 2021[25]- que permite un "*cambio en la forma de prestación del trabajo, incluyendo la prestación de trabajo a distancia*" (art. 6.2 RDL 8/2020).

3. Regulación sobre el teletrabajo con vocación de estabilidad

Ya avanzada la pandemia, en España se aprobó mediante una norma de emergencia el ya citado RDL 28/2020, de trabajo a distancia, en lugar de acometerse una reforma del anterior art. 13 ET que remitiera, en su caso, al reglamento para efectuar las necesarias concreciones que requiere esa forma de prestar servicios[26]. Su urgencia fue llamativa dada las exclusiones a su ámbito de aplicación que se desprendían de algunas de sus disposiciones adicionales y transitorias. En todo caso, dicha norma -tras la oportuna tramitación parlamentaria en la que se incorporaron sutiles modificaciones- se ha convertido en la vigente Ley 10/2021, de trabajo a distancia, como cuerpo normativo más estable al que remite el actual art. 13 ET.

Dicha ley concibe el «T*eletrabajo*» como una «*subespecie*» del «*Trabajo a distancia*», por llevarse a cabo "*mediante el uso exclusivo o prevalente de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación*" (Exp. Motivos y art. 2.b Ley 10/2021). Mientras que, por el segundo se entiende, la "*forma de organización del trabajo o de realización de la actividad laboral conforme a la cual*

24 RDL 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo (BOE 22/04/2020).

25 Así se desprende de la DA 6ª RDL 11/2021, de 27 de mayo, sobre medidas urgentes para la defensa del empleo, la reactivación económica y la protección de los trabajadores autónomos (BOE 28/05/2021).

26 Prácticamente resulta inabordable la abundante literatura que ha aparecido sobre el trabajo a distancia y el teletrabajo tras el RDL 28/2020 y que se suma a la ya numerosa que, con anterioridad, abordaba esa forma de trabajar. Sirva como ejemplos de las contribuciones recientes, entre otras: AA. VV (Dir T. Sala Franco). *El Teletrabajo… ob. cit.*; AA. VV (Dir. M. López Balaguer). *El trabajo a distancia en el RDL… ob. cit.*; AA.VV (Dir. F. Pérez de los Cobos Orihuel y J.Thibault Aranda). *El trabajo a distancia. Con particular análisis del Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre.* Ed. La ley, Madrid, 2021; AA.VV (Dir. M. Rodríguez Piñero Royo y A. Todiolí Signes). *Trabajo a distancia y teletrabajo: análisis del marco normativo vigente*. Ed. Aranzadi, 2021; POQUET CATALÁ, R. *El teletrabajo: análisis del nuevo marco jurídico*. Ed. Aranzadi, Pamplona, 2021; TRILLO PÁRRAGA, F. *Trabajo a distancia y teletrabajo en el sector privado y público.* Ed. Bomarzo, Albacete, 2021; así como el núm. monográfico destinado a "La nueva regulación del trabajo a distancia y del teletrabajo". Rev. *Trabajo, Persona, Derecho y Mercado*, nº 3, 2021.

esta se presta en el domicilio de la persona trabajadora o en el lugar elegido por esta, durante toda su jornada o parte de ella, con carácter regular" (art. 2.a Ley 10/2021). Considerándose, a tales efectos, que es "*regular*" cuando representa, al menos, el 30% de la jornada en un periodo de referencia de 3 meses (art. 1 Ley 10/2021), salvo que se trate de menores o de personas que formalicen contratos en prácticas o para la formación y el aprendizaje que exigen mayor presencialidad (art. 3 Ley 10/2021) y admitiéndose que los convenios o acuerdos colectivos dispongan porcentajes inferiores para que se estime la existencia del trabajo a distancia regular (DA 1ª.2 Ley 10/2021).

Al igual que su precedente, la Ley 10/2021 expresamente excluye de su ámbito de aplicación al trabajo a distancia:

1) realizado por el "*personal laboral al servicio de las Administraciones públicas*", que se regirá por su "*normativa específica*" (DA 2ª Ley 10/2021 y RDL 29/2020[27]);

2) o que viniera regulándose por convenios o acuerdos colectivos hasta que los mismos pierdan vigencia y, de no preverse su duración, su ordenación regirá por un año, salvo que las partes firmantes acuerden un período superior que no excederá de 3 años (DT 1ª.1 Ley 10/2021);

3) o amparado en el art. 5 RDL 8/2020 o implantado como consecuencia de la Covid-19 y mientras se mantengan las medidas de contención sanitaria (DT 3ª Ley 10/2021). En tales casos, se aplicará "*la normativa laboral ordinaria*", aunque las empresas deberán dotar a los trabajadores de medios, equipos, herramientas y consumibles que exige el desarrollo del trabajo a distancia, así como su mantenimiento, efectuándose una remisión a la negociación colectiva para establecer la forma de compensación de los gastos derivados de esta forma de trabajo, si los mismos existieran y no hubieran sido ya compensados.

27 RDL 29/2020, de 29 de septiembre, de medidas urgentes en materia de teletrabajo en las Administraciones públicas (BOE 30/09/2020), por el que se introdujo un art. 47 bis.5 en el Estatuto Básico del Empleado Público (aprobado por RDLeg. 5/2015, de 30 de octubre), como precepto a desarrollar y completar por la negociación colectiva para el personal de las distintas administraciones.

El problema de las dos últimas exclusiones y de otros muchos aspectos de la regulación contenida en la Ley 10/2021 deriva de la abundante remisión a los convenios o acuerdos colectivos que puede verse frustrada por la inexistencia de éstos o por los silencios en que los mismos incurran. En cambio, adquiere un papel especialmente relevante, el Acuerdo voluntario de trabajo a distancia a formalizar por escrito y en el que han de materializarse numerosos extremos, tales como (art. 7 Ley 10/2021):

a) Inventario de medios, equipos y herramientas que exige el desarrollo del trabajo a distancia, incluidos los consumibles.

b) Enumeración de los gastos por prestar servicios a distancia y la forma de cuantificar la compensación que obligatoriamente debe abonar la empresa, así como momento y forma para realizarla, según negociación colectiva.

c) Horario de trabajo y, en su caso, reglas de disponibilidad.

d) Porcentaje y distribución entre trabajo presencial y trabajo a distancia.

e) Centro de trabajo al que se adscribe quien trabaja a distancia y donde, en su caso, desarrollará la jornada de trabajo presencial.

f) Lugar de trabajo a distancia elegido por la persona trabajadora.

g) Plazos de preaviso para el ejercicio de la reversibilidad.

h) Medios de control empresarial de la actividad, así como instrucciones dictadas por la empresa, con la participación de los representantes de los trabajadores, en materia de protección de datos y sobre seguridad de la información.

i) Procedimiento a seguir si concurren dificultades técnicas que impidan el desarrollo del trabajo a distancia.

j) Duración del acuerdo de trabajo a distancia.

La Ley 10/2021 también alude a la prevención de riesgos laborales, determinando que en la evaluación de los mismos se preste especial atención a los "*factores psicosociales, ergonómicos y organizativos y de accesibilidad del entorno laboral efectivo*", aunque dicha evaluación no se extenderá a zonas no habilitadas para trabajar a distancia (art. 16.1 Ley 10/2021). De considerarse necesario para recabar información -y previo permiso del trabajador/a-, cabrá visitar el espacio donde desarrolla su trabajo a distancia, entregando informe escrito que

justifique esa necesidad a la persona trabajadora y, en su caso, a l@s delegad@s de prevención (art. 16.2 Ley 10/2021).

Se trata de especificaciones que pueden devenir insuficientes para evitar los riesgos y problemas de salud de los teletrabajadores, que se han evidenciado con toda su crudeza durante el tiempo de pandemia. Ciertamente, numerosos estudios ya venían alertando sobre los riesgos físicos y psíquicos de quienes teletrabajaban[28], detectándose problemas de visión, cefaleas, insomnio, irritabilidad, así como «*tecnoansiedad, tecnofatiga, tecnoadicción o tecnofobia*»[29]. Asimismo algunos análisis empíricos evidenciaban cómo dichos trabajadores acusaban alargamiento de las «*jornadas de trabajo entre un 10% y 20%*», «*aislamiento social*» o «*estancamiento profesional*»[30]. Aunque otros estudios insistían en la relevancia del «*perfil psicológico*» de los individuos, ya a efectos de sufrir las apuntadas afecciones o ya, diversamente, al objeto de mejorar «*su calidad de vida tanto personal como profesional*» si pasaban a teletrabajar[31].

Además las escuetas previsiones sobre prevención y salud laboral difícilmente permitirán obviar los problemas concernientes a la delimitación de los accidentes de trabajo cuando se prestan servicios a distancia y, en particular, desde casa. Y probablemente surgirán dudas al hilo de las suspensiones del contrato de trabajo durante las situaciones de riesgo durante el embarazo o la lactancia natural protegidas por las correspondientes prestaciones de Seguridad Social, así como en las situaciones y prestaciones de incapacidad temporal.

---

28 Trayendo a colación esa doctrina, TATAY PUCHADES, C. "Teletrabajo, conciliación…" *ob.cit.*, pp. 557-558 y 566-568.

29 Términos utilizados por MELLA MÉNDEZ, L. "La seguridad y salud en el teletrabajo", en AA.VV (Ed. L. Mella Méndez y Coord. A. Villalba Sánchez). *Trabajo a Distancia y Teletrabajo. Estudios sobre su régimen jurídico en el derecho español y comparado*. Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2015, pp. 187 y ss., así como, de la misma autora, con posterioridad, "Configuración general del trabajo a distancia en el derecho español", en AA.VV (Dir. L. Mella Méndez). *El teletrabajo en España: aspectos teórico-prácticos de interés*. Ed. Wolters Kluver, Las Rozas (Madrid), 2017, pp. 66-82.
En Latinoamérica, entre otros: GARECA, M., VERDUGO, R., BRIONES, JL. y VERA, A. "Salud Ocupacional y Teletrabajo". *Ciencia & Trabajo*, 2007, nº 25, pp. 85-88.

30 Apuntando esos resultados arrojados por diversos estudios empíricos, SIERRA CASTELLANOS, Y., ESCOBAR SÁNCHEZ, S. y MERLO SANTANA, A. "Trabajo en casa y calidad de vida: una aproximación conceptual". *Cuadernos Hispanoamericanos de Psicología*, 2014, vol. 14, nº 1, p. 62.

31 Incidiendo en dicho factor, FRANCO JARAMILLO, A. y RESTREPO BUSTAMANTE, FA. "El perfil del teletrabajador y su incidencia en el éxito laboral". *Revista virtual. Universidad Católica del Norte*, 2011, nº 33, pp.1-7.

Es más, aunque el trabajo a distancia se concibe como "*fundamental para favorecer el asentamiento y la fijación de población en el medio rura*l", debiendo servir su regulación para "*revertir la despoblación, de… territorios que sufren el declive demográfico, como zonas rurales y remotas, o pequeños municipios*" de España (Exp. Motivos Ley 10/2021), no cabe ignorar que el éxito de esa pretensión dependerá de factores exógenos a su regulación, tales como la conectividad o la existencia de servicios suficientes en ese ámbito rural o local.

Y, en fin, decepcionantemente y según ya se ha anticipado, nada se señala respecto del teletrabajo transnacional. Y ello aunque no ha sido infrecuente que desde lugares como, por ejemplo, Colombia, se ofreciera «*soporte a usuarios de algún producto o servicio que estén en España*»[32] y a pesar de que, en los últimos años, algunos jóvenes cualificados han podido teletrabajar desde este último país para empresas ubicadas en el extranjero[33], bastando con disponer de una buena conexión a internet y de tecnologías de la información y la comunicación, pero ocultando en ocasiones su trabajo dependiente bajo la falsa apariencia de trabajadores «*freelance*» o por cuenta propia, o refugiándose simplemente en la economía sumergida o informal.

III. EL TELETRABAJO EN EUROPA: LOS TELETRABAJADORES TRASNACIONALES

La prestación trasnacional de servicios propia de la sociedad de la información se ha multiplicado geométricamente y la virtualización de las relaciones laborales desvincula a la persona trabajadora de un lugar y un tiempo concretos. De modo que si el lugar habitual de trabajo es un elemento esencial para determinar la ley aplicable al contrato internacional, en el caso del teletrabajo ese lugar resulta de difícil determinación.

Las oficinas satélite o telecentros no responden al modelo tradicional de establecimiento en el extranjero, aunque sí a la noción de libre prestación de servicios. En estos casos, el poder de dirección se ejerce de forma telemática y los

32 Son palabras de SIERRA CASTELLANOS, Y., ESCOBAR SÁNCHEZ, S. y MERLO SANTANA, A. "Trabajo en casa…" *ob. cit.*, p. 60.

33 Resulta significativa la existencia de una amplia gama de portales web que brindan la posibilidad de trabajar de forma remota desde España para empresas ubicadas en otros países, en tareas propias de marketing, diseño, creación de páginas web, fotografía, asistencia virtual, consultoría, traducción, ingeniería, servicios técnicos… etc. Véase: https://trabajarporelmundo.org/ (consulta 14/07/2021).

teletrabajadores quedan funcionalmente adscritos al establecimiento empresarial desde el que se emiten las órdenes y se dirige el resultado productivo.

Ciertamente, la determinación de la ley aplicable al contrato de teletrabajo con elementos de extranjería excede de la problemática tradicional. Las soluciones del Derecho internacional privado (DIP) aportan respuestas puramente estatales y no acaban de encajar.

En efecto, para identificar la ley aplicable en el caso de un contrato de trabajo con elementos internacionales, la Unión Europea (UE) ha establecido factores de conexión especiales que complementan el principio de libre elección de las partes, que se aplica a los contratos en general. Uno de los principales factores de conexión es el "*lugar de trabajo habitual*" que constituye el criterio central para conocer tanto la ley aplicable al contrato laboral como la Seguridad Social de los trabajadores.

Pues bien, por lo que respecta a los trabajadores que prestan servicios de la sociedad de la información (teletrabajadores, a partir de ahora), el problema que se plantea consiste en dirimir si la noción de "*lugar de trabajo habitual*" aceptada comúnmente en materia de legislación y jurisdicción aplicables ofrece respuestas adecuadas. O si, diversamente, el criterio requiere una mayor interpretación mediante el recurso a otras reglas o principios ya presentes en el sistema. O si, finalmente, no queda más remedio que pedir la intervención del legislador de la UE, pues la falta de previsiones comunitarias ante un fenómeno tan en auge plantea innumerables problemas prácticos, que trataran de abordarse en este estudio a partir del análisis de las normas que regulan el contrato internacional de trabajo.

Así, tanto las normas sobre ley aplicable, como las normas sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social sitúan la ley aplicable allá donde el teletrabajador desarrolle físicamente su trabajo. Sin embargo, la pregunta es si tal principio sigue siendo válido en el caso de formas de trabajo muy flexibles como, por ejemplo, en el trabajo a distancia y en plataformas.

1. Criterios generales de determinación de la ley aplicable a un contrato internacional

Conviene recordar que el Reglamento (CE) núm. 593/2008, de 17 de junio, del Parlamento Europeo y el Consejo, sobre ley aplicable a las obligaciones

contractuales (Roma I) 34 (RR, en adelante) apuesta, como regla general, por la libertad de elección de las partes contratantes[35], desde luego, con independencia de su nacionalidad. Sin embargo, dicha libertad de elección se sujeta a ciertas condiciones, puesto que la elección de la ley aplicable por las partes, según el art. 8.1 RR *in fine*, "*no puede tener como resultado privar al trabajador de la protección que le garantizan las normas imperativas de la ley que regiría el contrato a falta de elección*". Estableciéndose en el art. 8.2 RR cuál es la ley aplicable a falta elección: esta ley será la del lugar "*en el cual, o en su defecto, a partir del cual*" presta habitualmente sus servicios el trabajador, o subsidiariamente, si dicho lugar no puede determinarse, el lugar del establecimiento a través del cual se haya contratado al trabajador (art. 8.3 RR). Como se verá, esta fórmula para determinar la *lex loci executionis* debe interpretarse en sentido amplio, lo cual lleva a restringir considerablemente la utilización, como criterio de conexión, del lugar de contratación, al que se atribuye un carácter muy residual.

El "*lugar de prestación habitual*" de servicios se convierte, de esta forma, en un centro fundamental de imputación jurídica, sin perjuicio de la "*cláusula de escape*" contenida en el último apartado. Pues si del conjunto de circunstancias resulta que el contrato de trabajo presenta "*vínculos más estrechos*" con un país distinto del que señalan los arts. 8.2 y 8.3 RR, el juez deberá aplicar la ley de dicho país (art. 8.4 RR). Los criterios de conexión de los arts. 8.2 y 8.3 RR se despliegan así, a modo de presunciones en la identificación de la ley más vinculada. Pero, conforme al criterio del Tribunal Europeo de Justicia (TJUE, en lo sucesivo) en su Sentencia *Schlecker*[36], esas presunciones pueden ser destruidas a través de la cláusula de escape contenida en el art. 8.4 RR. La cual, permite al juez tener en cuenta otras circunstancias que pongan de relieve la existencia de vínculos más estrechos con otro país.

34 Reglamento vigente desde 17 de diciembre de 2009, en los términos de su art. 29, sustituyendo al anterior Convenio de Roma (salvo en los territorios a los que se hace referencia en su art. 24).

35 En cuanto a la forma de la elección, debe ser "*expresa o resultar de manera cierta de los términos del contrato o de las circunstancias del caso*", de modo que puede derivarse de la inserción en el contrato de una cláusula expresa o asimismo de otros elementos del contexto contractual, debiendo el juez comprobar, a partir del análisis del texto, el carácter tácito o implícito de la elección de la ley. Véase el *Libro verde sobre la transformación del Convenio de Roma de 1980*, Bruselas, 14.1.2003, COM (2002) 654 final.

36 STJUE de 12 de septiembre de 2013, Schlecker, C-64/12.

Por último, como es bien conocido, los criterios de determinación de la ley aplicable al contrato de trabajo, contenidos en el art. 8 RR, tienen carácter *erga omnes*. Dicho Reglamento es una norma universal de conflicto, en la medida en que su art. 2 establece que: "*La Ley designada por el presente Reglamento se aplicará aunque no sea la de un Estado miembro*". En consecuencia, esta norma rige indistintamente con relación a la legislación de países miembros y de países no miembros de la UE. En consecuencia, desde los parámetros del RR, la legislación española puede resultar aplicable a un contrato de trabajo internacional de trabajo, en los siguientes casos:

En primer lugar, cuando la ley española sea la legislación expresa o tácitamente elegida por las partes (art. 8.1 RR).

En segundo lugar, si las partes contratantes han elegido una legislación que no es la española, también podrán resultar aplicables las normas imperativas españolas "*que no puedan excluirse mediante acuerdo*", es decir, las normas de derecho necesario, siempre que estas sean más favorables. Así sucederá, fundamentalmente, cuando el lugar habitual de prestación de servicios sea España o, muy subsidiariamente, si ese lugar no puede determinarse, cuando se encuentre en España el establecimiento a través del cual se haya contratado al trabajador. En estos supuestos, se aplicarán simultáneamente, la ley elegida y las normas imperativas españolas (art 8.1 in fine RR, en relación con los arts. 8.2 y 8.3 RR).

En tercer lugar, en ausencia de elección de ley aplicable, se siguen idénticos criterios: lugar habitual de prestación de servicios y aplicación subsidiaria (residual) del lugar de establecimiento a través del cual se haya contratado al trabajador. En este caso, la legislación española regulará todos los aspectos de la relación (art. 8.2 RR).

Y, en cuarto lugar y por mor de la "*cláusula de escape*" contenida en el art. 8.4 RR, cabe que el juez determine, del conjunto de circunstancias concurrentes, que la legislación española presenta vínculos más estrechos con España que la ley determinada conforme a los arts. 8.2 y 8.3 RR. Ya sea para que ésta actúe como norma imperativa respecto de la elegida por las partes, o como norma aplicable en defecto de elección.

2. ¿Aplicación de la ley del lugar habitual del trabajo de los teletrabajadores?

Se requiere analizar, con mayor detalle, cómo determinar la ley de "*vínculos más estrechos con el contrato*" a los teletrabajadores, conforme a la jurisprudencia

que ha interpretado cada uno de los criterios de conexión. Según se ha indicado, el lugar de prestación habitual de servicios opera conforme al art. 8.2 RR a modo de presunción en favor de la existencia de "*lazos más estrechos*" entre la *lex loci executionis* y el contrato de trabajo, postergando claramente al lugar de contratación. Para ello, el TJUE en *Koelzsch* realiza una interpretación sistemática en favor de la utilización de la jurisprudencia relativa al art. 5.1 del Convenio de Bruselas[37]. Sirviéndose de dicha jurisprudencia, el citado Tribunal identifica una serie de elementos fácticos que deben ser conjugados por el juez nacional en el momento de determinar con qué Estado tiene el trabajo un "*vinculo significativo*".

El criterio general viene referido a un centro de actividad "*el cual o a partir del cual*" el trabajador desempeña efectivamente su actividad profesional, y a falta de un centro de actividad, se tendrá en cuenta el lugar[38]:

a) donde realice la mayor parte de su trabajo;

b) a partir del cual el trabajador lleva a cabo sus misiones, recibe las instrucciones y organiza su trabajo;

c) donde se encuentran las herramientas de trabajo;

d) donde efectúa principalmente su actividad;

e) el lugar al que el trabajador regresa una vez finalizadas sus misiones;

f) y donde cumple la parte principal de sus obligaciones frente al empresario.

Estos criterios conducen a la ley del país en el que el teletrabajador: desarrolla la mayor parte de su trabajo; tiene los medios tecnológicos para llevarlo a cabo; y recibe las instrucciones telemáticas o de otro tipo de su empleador. Lo que, en definitiva, lleva al lugar "*físico*" de trabajo, ya sea el domicilio del trabajador u otro lugar.

Se trata de una interpretación que resultaba previsible, teniendo en cuenta que el art. 8.2 RR efectúa una codificación de la jurisprudencia relativa al art. 5.1

37 Originariamente Convenio de Bruselas de 1968, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (OJ L 299, 31.12.1972, p. 32–42). En la actualidad, Reglamento (UE) nº 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012 (Bruselas I bis).

38 STJUE de 15 de marzo de 2011, asunto C-29/10, HeikoKoelzsch, apartados 44-49; STJUE de 15 de diciembre de 2011, Voogsgeerd, C-384/10, apartados 36-41.

del Convenio de Bruselas[39]. Ello explica que el TJUE considere coincidente el concepto de "*lugar habitual de prestación de servicios*" del art. 6.2.a) del Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Convenio de Roma)[40] (en adelante, CR) y del art. 8.2 del RR. El proceso de ampliación del ámbito aplicativo de la *lex loci laboris* como criterio de conexión se ha descrito como "*el tránsito del lugar habitual al lugar principal*"[41], desde el momento en que incluye también al país "*a partir*" del cual se desarrolla la prestación de servicios. En esa idea insiste la Abogada General Trstenjak, cuando pone de relieve que con ello se pretende «*en la medida de lo posible, que la ley aplicable al contrato de trabajo se establezca sobre la base de dicho artículo […]. Por lo tanto, es esencial tomar en consideración el centro de actividad del trabajador, aunque lo único que haga desde ese lugar sea organizar sus actividades*»[42]. Nuevamente esta interpretación conduce al lugar físico donde el teletrabajador desempeña sus actividades.

Esta relación entre las letras a) y b) del art. 6.2 CR en la STJUE *Koelzsch*, tendrá consecuencias inmediatas para el supuesto contemplado, posteriormente, en la STJUE *Voogsgeerd*. Donde, una vez más, se deja bien sentado que el criterio de conexión referido al lugar habitual de prestación de servicios debe tomarse en consideración de modo prioritario, y sólo cuando no sea posible establecer la *lex loci laboris* se podrá utilizar el criterio subsidiario del lugar de contratación. Tanto en *Voogsgeerd*, como en *Koelzsch*, el TJUE emplaza al juez a una conformación de un *loci executionis "a partir del cual*" se prestan los servicios.

3. El lugar de contratación del teletrabajador internacional

Conforme a lo adelantado, se estará al lugar de contratación del teletrabajador únicamente cuando el juez no pueda determinar en qué país se realiza habitualmente el trabajo. Ello puede ser una solución si el juez no tiene suficientes

39 Así en la STJUE de 13 de julio de 1993, C-125/92, Mulox, y en la STJUE de 9 de enero 1997, C-383/95, Rutten. Véase: GRUSIC, U. *The European private international law of employment.* Cambridge University Press, Camdridge, 2015, pp.109 ss.

40 Convenio 1992/529/CEE, de 18 de mayo, por el que se produce la adhesión del Reino de España y de la República Portuguesa del Convenio 1980/934/CEE, de 19 de junio (DOL 18 noviembre 1992, núm. 333, p. 1), que entró en vigor el 1 de septiembre de 1993.

41 GARDEÑES SANTIAGO, M., "La regulación contractual del contrato de trabajo en el Reglamento Roma I: una oportunidad perdida". *Anuario español de derecho internacional privado*, nº 8, 2008, p. 409.

42 Véanse las Conclusiones de la abogado general Sra. VericaTrstenjak presentadas el 16 de diciembre de 2010, HeikoKoelzsch, asunto C-29/10, apartado 77.

elementos para determinar cuál es la *lex loci laboris*, porque, por ejemplo, se trate de un teletrabajador sujeto a una gran movilidad. Así, cuando no resulte viable determinar un país en el que preste "*la mayor parte*" de su trabajo, o "*desde cual*" efectúe principalmente su actividad, por prestar servicios desde localizaciones múltiples, sin que un lugar sea predominante.

Cuando esa imposibilidad de localización se produzca, el TJUE propone determinados parámetros interpretativos sobre lo que debe entenderse como lugar de contratación. En este sentido, descarta que el país donde se encuentre establecido el empleador sea relevante a efectos del criterio de conexión. Tanto el art. 6.2.b) CR como el art. 8.3 RR se refieren exclusivamente al establecimiento que procedió a contratar al trabajador y no a aquel al que está vinculado por su ocupación efectiva.

Consecuentemente, no deben tomarse en consideración los elementos relativos a la realización del trabajo, sino únicamente los relativos al procedimiento de conclusión del contrato, como, por ejemplo, a juicio del TJUE, el establecimiento que publicó el anuncio de contratación y el que realizó la entrevista.

Por último, ese criterio no se refiere únicamente a las unidades de actividad de la empresa dotadas de personalidad jurídica, sino que incluye a todas las estructuras estables de una empresa. En consecuencia, no sólo las filiales y las sucursales, sino también otras unidades, como las oficinas de una empresa, pueden constituir establecimientos en el sentido del art. 6.2.b) CR.

Es cierto que en la STJUE *Voogsgeerd* no se contiene una declaración general que extienda la interpretación del art. 6.2.b) CR (que se refiere al "*país en que se encuentre el establecimiento"* que haya contratado al trabajador) a lo prescrito en el art. 8.3 RR (que se refiere a la ley del país "*donde esté situado el establecimiento a través del cual haya sido contratado el trabajador"*). Sin embargo, en *Voogsgeerd*, el Tribunal reitera lo declarado en *Koelzsch* respecto de las relaciones de subsidiariedad entre las letras a) y b) del art. 6 CR y, por tanto, resulta aplicable a los arts. 8.2 y 8.3 RR[43]. Entiende así el TJUE que sólo la interpretación restrictiva del criterio de la letra b) del art. 6.2 CR, permite garantizar la plena previsibilidad en cuanto a la ley que resulta aplicable al contrato de trabajo.

43 Según se ha avanzado, la STJUE de 15 de diciembre de 2011, Voogsgeerd, C-384/10, en sus apartados 33, 35-38, reitera la STJUE de 15 de marzo de 2011, asunto C-29/10, HeikoKoelzsch, en sus apartados 43, 44, 48, 49.

4. La cláusula de escape (art. 8.4 RR) conforme a la doctrina Schlecker

Posiblemente, en el caso del teletrabajo, reducir el margen de utilización de la *lex loci executionis* del art. 8.2 RR, puede permitir contener en cierta medida el creciente fenómeno del establecimiento de las denominadas "*empresas de buzón*", con fines de *dumping* social.

En efecto, el trabajo "*on line*" está generando subcontratación de empresas situadas en países no pertenecientes a la UE, especialmente en lugares en los que los salarios y demás condiciones laborales y de Seguridad Social resultan más bajos. En ese sentido, debe tenerse en cuenta que, según se ha señalado, las normas europeas determinan que en ningún caso cabe privar al trabajador de la protección laboral que éste tendría en ausencia de elección contractual de ley aplicable. La utilización de empresas ficticias o "*empresas de buzón*" para fines de dumping social, reduce las contribuciones sociales y ello, a su vez, puede afectar a la sostenibilidad de los presupuestos públicos nacionales. Tal impacto también podría exacerbarse dada la posible deslocalización geográfica del trabajo realizado "*on line*" mediante la subcontratación de empleadores en países de ingresos altos con trabajadores de países de ingresos bajos.

La dimensión transfronteriza del trabajo en plataformas ha llevado a la Comisión Global sobre el Futuro del Trabajo establecida por la OIT a recomendar que se establezca un sistema de gobernanza internacional de las plataformas laborales digitales para exigir a dichas plataformas (y a sus clientes) que respeten ciertos derechos mínimos. De hecho, según se ha señalado con anterioridad, a nivel europeo los agentes sociales han llegado a distintos acuerdos sectoriales en materia de teletrabajo.

Y es que en ese último ámbito cabe aplicar el criterio defendido en el informe Giuliano-Lagarde, localizando la ley más vinculada en un país determinado "*por su contexto y aspectos económicos*". Más concretamente, en el lugar con el que la transacción mantenga la relación más estrecha, "*siendo este el lugar donde deberá realizarse la prestación específica del contrato en cuestión, en aplicación de la obligación característica*"[44]. Ello, a su vez, conecta conceptualmente con el test

44 GIULIANO, M. y LAGARDE, P. *Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations*, 31 october 1980 (OJ C 282, pp. 19-20). Traducción propia. La traducción española, que se contiene en GIULIANO, M. y LAGARDE, P. *Informe relativo al Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, de 19 de junio de 1980* (DOCE, C 327 de 11.12.1992, p. 4), difiere en este punto (art. 4) con la redacción original de 1980. Aunque estas reflexiones del Informe se realizan en el contexto del artículo 4 CR, su alcance reviste pertinencia a estos efectos, como ya

en materia de "*actividades significativas*" de la Sentencia FTS[45], que lo relaciona con el país en el que se reciben los servicios.

Adicionalmente, se abren camino las soluciones que aporta la jurisprudencia de la UE desarrollada en materia fiscal[46]. Estas pueden jugar un importante papel para poner al descubierto mecanismos jurídicos carentes de realidad económica dirigidos al fraude, en ejercicio de la libertad de establecimiento[47]. Y, de ese modo, cabe dotar de contenido real al objetivo perseguido por el art. 6 CR (actual art. 8 RR) que, según el TJUE, consiste en garantizar una protección adecuada al trabajador[48].

El art. 8.4 RR no permite una aplicación directa del principio *favor laboratoris* a partir de un test de mayor favorabilidad, pero ello no impide que la cláusula de escape pueda vehicular un control jurisprudencial antifraude como el que ya existe en materia fiscal, así como evitar los mecanismos interpositorios (como la cesión ilegal de trabajadores a través de empresarios ficticios). En efecto, el ulterior test de la existencia de "*vínculos más estrechos*" con el contrato, que posibilita el art. 8.4 RR, puede resultar útil frente a mecanismos jurídicos carentes de realidad económica dirigidos a establecer una vinculación ficticia del contrato con un país de inferiores costes sociales. Especialmente, en aquellos supuestos en los que el art. 8.2 RR (por la imposibilidad de identificar una *lex locis executionis*) no resulte adecuado a la hora de establecer la ley que presenta *efectivamente* la conexión más estrecha.

Ciertamente, la ausencia de previsiones comunitarias específicas en relación a la ejecución transnacional del teletrabajo resulta muy problemática para los

---

se pusiera de relieve en las Conclusiones del Abogado General Sr. NilsWahl, presentadas el 16 de abril de 2013 en el asunto C-64/12, Schlecker, apartado 52.

45 STJUE de 10 de febrero de 2000, asunto C-202/97, FTS, parágrafo 53. Sobre la jurisprudencia que desarrolla el concepto de "*actividades significativas*", véase: LLOBERA, M. "Límites comunitarios a la cesión ilegal de trabajadores". *Temas laborales, nº* 108, 2011, pp. 115-144.

46 STJUE 21 de febrero de 2008, PartService (C-425/06, EU:C:2008:108), apartado 42; STJUE 22 de diciembre de 2010, Weald Leasing (C-103/09, EU:C:2010:804), apartados 29 y 30; STJUE 22 de diciembre de 2010, RBSDeutschland Holdings (C-277/09, EU:C:2010:810), apartado 49; STJUE 27 de octubre de 2011, Tanoarch (C-504/10, EU:C:2011:707), apartado 52; STJUE 29 de septiembre de 2015, Newey (EU:C:2013:409), apartado 46.

47 STJUE 21 de febrero de 2006, Halifax y otros (EU:C:2006:121), apartado 67-86; STJUE 12 de septiembre de 2006, CadburySchweppes y CadburySchweppesOverseas (EU:C:2006:544), apartado 55; STJUE 22 de mayo de 2008, Ampliscientifica y Amplifin (C-162/07, EU:C:2008:301), apartado 28; STJUE 27 de octubre de 2011, Tanoarch (EU:C:2011:707), apartado 51.

48 STJUE de 12 de septiembre de 2013, Schlecker, C-64/12, apartado 34.

operadores jurídicos. De modo que, tarde o temprano, esta cuestión deberá ser abordada por el legislador comunitario.

IV. LA SEGURIDAD SOCIAL DE LOS TELETRABAJADORES INTERNACIONALES

Al igual que el Reglamento 593/2008, el Reglamento (CE) 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004 sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social (en adelante, el Reglamento (CE) 883/2004) sitúa la ley aplicable allá donde el teletrabajador desarrolle físicamente su trabajo. Por tanto, el país donde se realiza el trabajo (*lex loci laboris*) es el Estado miembro responsable de la Seguridad Social de los trabajadores. En efecto, el art. 11.3. a) del Reglamento (CE) nº 883/2004 establece, a reserva de lo dispuesto en los arts. 12 a 16 del mismo, que "*la persona que ejerza una actividad por cuenta ajena o propia en un Estado miembro estará sujeta a la legislación de ese Estado miembro*"[49].

Así pues, el criterio adecuado para determinar la legislación aplicable es, por norma general y según indica el TJUE, "*el lugar de ejercicio de la actividad por cuenta ajena o por cuenta propia*" 50; sin perjuicio de las excepciones que establece el Reglamento (CE) 883/2004 a esta norma general que sólo operan en situaciones específicas que justifican otro criterio de adscripción. De ello se desprende que el criterio del "*lugar de ejercicio*" (*lex loci laboris*) de la actividad por cuenta ajena o por cuenta propia del trabajador es el criterio principal para designar la única legislación aplicable.

A efectos de interpretar la locución "*lugar de ejercicio*", como concepto del Derecho de la UE, procede recordar que, según el propio TJUE, la determinación

49 Mientras que el art. 13.1 del Reglamento (CE) 883/2004 establece que la persona que ejerza normalmente una actividad por cuenta ajena en dos o más Estados miembros estará sujeta: a) a la legislación del Estado miembro de residencia, si ejerce una parte sustancial de su actividad en dicho Estado miembro, o b) si no ejerce una parte sustancial de su actividad en el Estado miembro de residencia: i) a la legislación del Estado miembro en el que tenga su sede o domicilio la empresa o el empleador, cuando la persona solo esté contratada por una empresa o empleador, o ii) a la legislación del Estado miembro en el que tengan sus sedes o domicilios la empresas o los empleadores cuando la persona esté contratada por dos o más empresas o empleadores que tengan sus sedes o domicilios en un solo Estado miembro, o iii) a la legislación del Estado miembro, distinto del Estado miembro de residencia, en el que tenga su sede o domicilio la empresa o el empleador, cuando la persona esté contratada por dos o más empresas o empleadores que tengan su sedes o domicilios en dos Estados miembros, siendo uno de ellos el Estado miembro de residencia, o iv) a la legislación del Estado miembro de residencia, cuando la persona esté contratada por dos o más empresas o empleadores, y al menos dos de ellos tengan su sede o domicilio en Estados miembros diferentes distintos del Estado miembro de residencia.

50 STJUE de 27 de septiembre de 2012, Partena, C-137/11.

del significado y alcance de los términos no definidos por el Derecho de la UE debe efectuarse conforme al sentido habitual de éstos en el lenguaje corriente, teniendo en cuenta el contexto en el que se utilizan y los objetivos perseguidos por la normativa de la que forman parte[51]. En ese sentido y conforme al significado de los términos utilizados, cabe entender que el concepto de "*lugar de ejercicio*" de una actividad designa el lugar concreto en el que la persona de que se trata realiza los actos relacionados con dicha actividad. Por tanto, en el caso de un teletrabajador, ello conduce al lugar físico en el que el trabajador efectúa su trabajo.

Las Conclusiones del Abogado General Sr. M. Szpunar, presentadas el 8 de marzo de 2017 en el asunto X v Staatssecretaris van Financiën[52] resultan de particular interés. Según su criterio «*La peculiaridad de esta modalidad de trabajo reside en la circunstancia de que puede menoscabar el concepto de lugar de trabajo concreto, como factor pertinente para determinar el Estado miembro que presenta un vínculo más estrecho con la relación laboral. Una persona puede trabajar a distancia desde su ordenador o teléfono en casa o mientras está de viaje, y esa forma de trabajar puede suponer una parte significativa de su actividad laboral. El Tribunal de Justicia tendrá que resolver en el futuro cómo debe tenerse en cuenta esta circunstancia para determinar la legislación de seguridad social aplicable*», aunque ese problema no se suscitó en el asunto dirimido, en el que concurrían otros indicadores que apuntaban el «*carácter marginal de la actividad del Sr. X en su Estado miembro de residencia*». De donde, *a sensu contrario,* si las actividades de teletrabajo no fuesen marginales, sino que se desarrollaran de forma estructurada y se acordaran con el empleador, entonces deberían ser tenidas en cuenta para la aplicación del Reglamento 883/2004.

Así que, considerando el auge del teletrabajo como consecuencia de la pandemia ocasionada por la Covid-19, cabe anticipar que la próxima revisión del Reglamento (CE) 883/2004[53] deberá enfrentarse a esta nueva realidad. La especial naturaleza virtual del trabajo a distancia y en plataformas, dificultan

51 STJUE de 10 de marzo de 2005, easyCar, C-336/03, apartado 21.

52 Abogado de opinión general en Szpunar, asunto C-570/15, X contra Staatssecretaris van Financiën, EU: C: 2017: 182.

53 Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifican el Reglamento (CE) n.° 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, y el Reglamento (CE) n.° 987/2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) n.° 883/2004Texto pertinente a efectos del EEE y de Suiza. [COM(2016) 815 final — 2016-0397 (COD)].

que se les asigne el territorio de un país determinado y, por tanto, no encajan muy bien con el enfoque actual de la *lex loci laboris*.

En definitiva, la generalización del teletrabajo en la era post pandemia no ha hecho más que empezar y la respuesta normativa internacional a este fenómeno es muy incipiente, particularmente en lo concerniente al teletrabajo internacional. Es por ello que la Comisión Global sobre el Futuro del Trabajo establecida por la OIT ha recomendado que se establezca un sistema de gobernanza internacional para las plataformas laborales digitales en el que respeten ciertos derechos mínimos de orden laboral[54].

A nivel europeo los agentes sociales también han llegado a ciertos acuerdos sectoriales a los que antes se ha aludido[55]; e igualmente existen iniciativas comunitarias dirigidas a la regulación de los servicios de la sociedad de la información que empiezan a plantear las cuestiones relativas a las condiciones de trabajo de los empleados que prestan dichos servicios[56]. Sin embargo, aún queda un largo camino por recorrer hasta lograr un sistema justo y equitativo que regule esta —no tan— nueva forma de organización del trabajo trasnacional.

54 ILO. *Work for a brighter future*. Report of the Global Commission on the Future of Work, 2019.

55 Eurocommerce and UNI, Europa, European agreement on guidelines on Telework and ICT-mobile work in commerce, 25 May 2018 (commerce); EACB, EBF-FBE, ESBG and UNI Global Union, Declaration on Telework in the European Banking Sector, 17 November 2017 (banking); ETNO and UNI Europa, Joint Declaration on ICT-based mobile work, 2 February 2017 (telecommunications); ETNO and UNI Europa, Joint declaration on telework, 9 June 2016 (telecommunications); ACME, BIPAR, CEA and UNI-Europa, Joint declaration on telework by the European social partners in the insurance sector, 10 February 2015 (insurance);CEMR-CCRE and EPSU, CEMR-EP/EPSU joint statement on telework, 13 January 2004 (local and regional government); Eurelectric and EPSU, EMCEF, Joint declaration on telework, 13 November 2002 (electricity); Eurocommerce and UNI Europa, European Agreement on Guidelines on Telework in Commerce, 26 April 2001 (Commerce); ETNO and UNI Europa, Guidelines for Telework in Europe, 7 February 2001 (telecommunications); Joint Committee, Opinion on telework, 23 November 1998 (telecommunications).

56 Parlamento Europeo. Informe sobre una Europa social fuerte para unas transiciones justa (2020/2084(INI)) Comisión de Empleo y Asuntos Sociales. A9-0233/2020. 24.11.2020. European Commission. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y al Social Europeo y al Comité de las Regiones. Programa de trabajo de la Comisión para 2021. COM(2020) 690 final. Bruselas, 19.10.2020. European Commission. The European Pillar of Social Rights Action Plan. Publications Office of the European Union. Luxembourg. 2021.Parlamento Europeo. Informe con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre el derecho a la desconexión (2019/2181(INL)). Comisión de Empleo y Asuntos Sociales. A9-0246/2020. 4.12.2020.

COMERCIO INTERNACIONAL Y TRABAJO

GLOBAL TRADE AND WORK

APLICACIÓN Y EFICACIA DEL CAPÍTULO SOCIO-LABORAL EN LOS ACUERDOS COMERCIALES: CONSIDERACIONES SOBRE SU MEJORA*

DULCE MARÍA CAIRÓS BARRETO

Profesora Titular de Derecho del Trabajo en la Universidad de La Laguna (España), donde se ha especializado en la docencia en grado y posgrado en las materias propias de esta disciplina. Su investigación se ha centrado en el estudio del contrato de trabajo, el tiempo de trabajo, la negociación colectiva y la responsabilidad derivada de los riesgos psicosociales en el trabajo, así como el derecho europeo e internacional del trabajo. Ha ejercido como Secretaria General de su universidad (2015-2019).

* Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación DER2017-83040-C4-4-R. ***Las relaciones colectivas en el ámbito supranacional Hacia un nuevo modelo de Derecho Transnacional del Trabajo y Seguridad Social (TRANSLABOUR)***. Plan Estatal de investigación científica y técnica y de innovación. Ministerio de Economía y Competitividad.

ABSTRACT: The labour chapters of trade agreements are often considered second-rate or less important because of the diffuse and non-binding way in which they are conceived and because of the absence of a genuine liability mechanism in the event of non-compliance. This paper analyses these mechanisms, based on the two most recent texts of the European Union (United Kingdom and proposed agreement with China), analyses the problems and shortcomings identified and makes proposals for improvement.

KEYWORDS: Trade, labour provision, enforcement, dispute resolution.

1. LA PRESENTACIÓN DE LA CLÁUSULA LABORAL EN LOS ACUERDOS COMERCIALES: EL CAPÍTULO DE DESARROLLO SOSTENIBLE

La aplicación y eficacia de la cláusula laboral de los acuerdos de libre comercio ha sido una de las razones por las cuales se ha criticado su propia existencia, por su escaso alcance e inapropiada forma de lograr el objetivo de mejora de las condiciones de trabajo y su utilización para obtener una mejor posición competitiva en el mercado internacional. En cierto modo existe una falta de coherencia entre el capítulo social y las motivaciones del resto del acuerdo, así como una falta de aplicación coherente de los procedimientos existentes, porque parecen contenidos de segundo orden y de menor importancia y por ello no se pone interés en dotarlos de herramientas para que se cumplan de modo efectivo, sino que cumplen una función de carácter programático o declaración de principios.

Las cláusulas laborales que se introducen en los acuerdos comerciales internacionales han sido tradicionalmente de dos tipos: condicionales, esto es, el cumplimiento de la cláusula se liga a la obtención de determinados beneficios económicos o a la no pérdida de los mismos; o promocionales, esto es, no hay ninguna consecuencia económica directa en caso de incumplimiento de las mismas, y se suelen traducir en actividades de cooperación entre los países asociados para logar el cumplimiento de los compromisos laborales adoptados. Las cláusulas condicionales se han introducido en los acuerdos celebrados por EE.UU. y Canadá, que también ha optado por un sistema de sanción ante el incumplimiento, mientas que las promocionales son más propias de los acuerdos Norte-Sur y Sur-Sur. La dimensión promocional de los capítulos laborales

se ha activado más frecuentemente que la condicional, pero los efectos de las actividades promocionales en los derechos de los trabajadores en la práctica son más difíciles de estudiar y evaluar.

A partir del acuerdo celebrado entre la UE y Corea del Sur la cláusula laboral se diluye en el capítulo dedicado al desarrollo sostenible, tratando de modo conjunto y unificado los derechos laborales y medioambientales, que son abordados de modo equivalente, con un contenido mínimo, unos compromisos de no reformar a la baja los ordenamientos internos a fin de convertirse en competitivos gracias al perjuicio laboral, social y medioambiental y unos mecanismos de seguimiento, control y solución de discrepancias propio y diferente del establecido con carácter general para las disposiciones puramente económicas de los acuerdos y que no llevan a la imposición de cargas o a la pérdida de beneficios.

La preferencia por las cláusulas socio-laborales de tipo promocional se ha terminado imponiendo. Los mecanismos de aplicación y ejecución de los nuevos acuerdos comerciales incorporan un procedimiento específico y diferenciado para determinar y solucionar el incumplimiento de la cláusula social, o para solucionar las controversias que suscitan sus preceptos, en los que no se llega a fijar la eventual pérdida de un beneficio económico, sino, a lo sumo, la eventual reforma de propio acuerdo y que sólo podrán resolverse mediante las normas y los mecanismos que fija el propio capítulo, así como los buenos oficios, la conciliación o la mediación. Se introduce, además, en el seno de este propio y determinado mecanismo de solución de las diferencias, la presencia de grupos consultivos internos (GCI) y de la sociedad civil, con lugar, por tanto, para la presencial sindical, además de ONG's y organizaciones de consumidores.

Este estudio tiene por objetivo un análisis de tales mecanismos, de su eficacia y de posibles alternativas de mejora, especialmente a partir del desarrollo de una negociación colectiva transnacional, que está destinada a desempeñar un papel trascendental en el desarrollo de las relaciones económicas globales. Para ello, se van a tomar como objeto de estudio la cláusula laboral del acuerdo con el Reino Unido y la propuesta de cláusula del acuerdo con China, que son los más recientemente adoptados. Se trata de un capítulo de desarrollo sostenible, tal y como vienen denominándose en las últimas versiones, de muy distinto signo, con una clara mejoría en términos de contenido y mecanismos de control interno en el de Reino Unido, y mucho más genérico el introducido en el futuro acuerdo con China, decisión natural al tratarse el Reino Unido no sólo

de un estado europeo, sino miembro de larga duración de la Unión Europea y receptor, por ello, aunque muchas veces contra su voluntad, de todo el acervo social comunitario. Eso hace que las trayectorias jurídicas del Reino Unido y la UE sea paralelas y que los principios, derechos y entendimiento de las relaciones económicas, y, especialmente, sociales, laborales y medioambientales, tengan un mismo fundamento. Con China, sin embargo, ocurre lo contrario, por eso el capítulo de desarrollo sostenible es más genérico y promocional, claramente insuficiente desde la perspectiva europea. Sin embargo, puede verse que en términos de aplicación, seguimiento y solución de discrepancias y posible actuación en caso de incumplimiento el mecanismo es casi idéntico, siguiendo la cláusula tipo de consulta y negociación de los acuerdos anteriores.

2. DESARROLLO SOSTENIBLE, IGUALDAD Y COMPETENCIA ABIERTA Y JUSTA EN EL ACUERDO CON EL REINO UNIDO

El capítulo sexto del título XI del acuerdo comercial entre la Unión Europea y el Reino Unido constituye una cláusula tipo, con las prescripciones de los acuerdos anteriores, en la línea marcada por el CETA, siendo esta precisamente su característica más destacable.

Su contenido es igual de generalista que el incluido en acuerdos anteriores, pese a que la pertenencia del Reino Unido a la Unión Europea ha hecho que su sistema jurídico laboral se haya desarrollado en paralelo y sea equivalente a los sistemas continentales. No se refiere de forma expresa a los derechos reconocidos y protegidos por la OIT, a la que pertenecen todos los estados parte de este acuerdo, pero su manera de enumerarlos no deja lugar a dudas: el acuerdo excluye la legislación sobre seguridad social y pensiones y entiende por niveles de protección laboral y social los establecidos con carácter general en la legislación y las normas de las parte en materia de derechos fundamentales en el trabajo, las normas sobre salud y seguridad en el trabajo, las normas sobre condiciones laborales y de empleo justas, los derechos de información y consulta a nivel de la empresa y la reestructuración de empresas, constituyendo estos dos últimos ámbitos una clara herencia de la política social europea, la cual se destaca aún más con la cláusula en virtud de la cual "*En el caso de la Unión, se entenderá por «niveles de protección laboral y social» los niveles de protección laboral y social que sean de aplicación a todos y en todos los Estados miembros, y comunes a todos ellos*", por tanto, convirtiendo el derecho europeo y no el interno en contenido mínimo de la cláusula socio-laboral.

Tras afirmar el derecho de cada parte a establecer sus políticas y prioridades en el ámbito laboral, a determinar los niveles de protección laboral y social que consideren adecuados y a adoptar o modificar sus leyes y políticas de manera coherente con los compromisos internacionales de cada una de ellas, se regula que ninguna parte "*debilitará ni reducirá, de manera que afecte al comercio o la inversión entre las Partes, sus niveles de protección laboral y social por debajo de los niveles existentes al final del período transitorio, por ejemplo por no controlar de forma efectiva el cumplimiento de su legislación y sus normas*". Se trata del deber de no regresión, que constituye la vara de medir de la competencia leal y de la no utilización de la rebaja de la norma laboral para obtener una ventaja competitiva en la producción, comercialización o inversión.

Para controlar esta no regresión de la norma laboral y del conjunto de legislación protectora de las condiciones de trabajo se cuenta con los sistemas internos de inspección de trabajo y jurisdicción laboral, dado que cada una de las partes se compromete a establecer y mantener un sistema para el control del cumplimiento efectivo en el ámbito nacional y, en particular, un sistema eficaz de inspecciones laborales con arreglo a sus compromisos internacionales relativos a las condiciones de trabajo y a la protección de los trabajadores. Estos procedimientos administrativos y judiciales deben permitir que los poderes públicos y los particulares legitimados para ello emprendan acciones oportunas contra los incumplimientos de la legislación laboral y las normas de protección social y deben incluir recursos apropiados y efectivos, incluyendo la adopción de medidas provisionales, así como sanciones proporcionadas y disuasorias. Y se añade que, en la aplicación y el control del cumplimiento a nivel nacional del deber de no regresión de los niveles de protección, cada parte respetará el papel y la autonomía de los interlocutores sociales a nivel nacional, cuando proceda, en consonancia con la legislación y la práctica aplicables.

El refuerzo de los mecanismos internos de inspección y control, así como las vías internas de recurso a instancias administrativas y judiciales y el poder colectivo de los agentes sociales, especialmente de los sindicatos, constituyen así, los mecanismos más intrusivos de eficacia de esta cláusula socio-laboral, porque las partes reconocen que cada una de ellas conserva su derecho a ejercer una facultad discrecional razonable y a adoptar decisiones de buena fe en relación con la asignación de recursos para controlar el cumplimiento de la normativa laboral con respecto a otras disposiciones laborales que se haya determinado que tienen mayor prioridad, siempre que el ejercicio de dicha facultad discrecional,

así como dichas decisiones, no sean incompatibles con las obligaciones que impone el capítulo socio-laboral. No obstante, las partes se comprometen a seguir esforzándose por aumentar sus respectivos niveles de protección laboral y social.

El artículo 6.4 de este título XI del acuerdo señala que los mecanismos a utilizar para solucionar las diferencias y resolver cualquier desacuerdo sobre su aplicación serán el diálogo, las consultas, el intercambio de información y la cooperación y que no resultará de aplicación lo dispuesto en el título I de la sexta parte, dedicado a la solución de diferencias. En concreto, las partes podrán recurrir exclusivamente a los procedimientos establecidos en virtud de los artículos 9.1 (Consultas), 9.2 (Grupo de expertos) y 9.3 (Grupo de expertos en ámbitos de no regresión) de este título dedicado a igualdad de condiciones para una competencia abierta y justa y el desarrollo sostenible.

a) Consultas

Cada una de las partes del acuerdo podrá solicitar una consulta con la otra parte mediante la entrega de una solicitud escrita cuando surja cualquier cuestión relacionada con los aspectos laborales de este capítulo. La parte demandante especificará en su solicitud los motivos y su fundamento, incluida la identificación de las medidas en cuestión y especificando las disposiciones que considere aplicables.

Durante las consultas, cada una de las partes proporcionará a la otra la información suficiente que obre en su poder y que permita un examen completo de las cuestiones planteadas, intentando garantizar la participación del personal de sus autoridades competentes que tenga conocimiento especializado sobre la cuestión objeto de las consultas y teniendo en cuenta la información disponible de la OIT, de la cual también podrán recabar conjuntamente asesoramiento, así como a cualquier otro experto u organismo que consideren adecuado (especialmente, la autoridad laboral europea). También, cada parte podrá recabar, cuando proceda, los puntos de vista de los grupos consultivos internos u otro asesoramiento especializado.

b) Grupo de expertos

Para cualquier asunto que no quede resuelto de forma satisfactoria mediante el procedimiento de consultas las partes podrán solicitar que un grupo o panel

de expertos se reúna para examinar dicha cuestión, mediante el envío, también, de una solicitud por escrito a la otra parte. En la solicitud se indicará la medida de que se trate y se especificará y se explicará de qué manera dicha medida no se ajusta a lo dispuesto en el capítulo o capítulos pertinentes de manera suficiente para presentar claramente la denuncia.

El grupo de expertos estará compuesto por tres miembros de una lista de al menos quince personas, que el Comité Especializado en Comercio en materia de Igualdad de Condiciones para una Competencia Abierta y Justa y el Desarrollo Sostenible establecerá tras la entrada en vigor del Acuerdo, incluyendo personas que no sean nacionales de ninguna de las partes para que puedan asumir la presidencia del grupo. Los expertos propuestos para el grupo deberán tener conocimientos especializados o experiencia en Derecho laboral o medioambiental, en otras cuestiones tratadas en el capítulo o capítulos pertinentes, o en la solución de diferencias en el marco de acuerdos internacionales. Deberán actuar a título personal y no aceptar instrucciones de ninguna organización o gobierno con respecto a las cuestiones relacionadas con la diferencia, y no podrán tener vinculación alguna con ninguna de las partes ni aceptar sus instrucciones.

El grupo de expertos debe recabar información de la OIT o de los organismos pertinentes establecidos en virtud de dichos acuerdos, incluidas todas las orientaciones interpretativas, conclusiones o decisiones pertinentes adoptadas por la OIT y dichos organismos y también podrá solicitar y recibir escritos o información de personas con conocimientos especializados o información pertinente y relevante. La transparencia es una cuestión que se quiere destacar en estos capítulos de desarrollo sostenible, señalando que esta información se pondrá a disposición de cada una de las partes, de modo que puedan presentar sus observaciones.

El grupo de expertos presentará a las partes un informe provisional y un informe final, que recogerán las constataciones de hecho, sus conclusiones sobre la cuestión, en las que determinarán si la parte requerida ha cumplido o no las obligaciones que le incumben en virtud del capítulo o capítulos pertinentes, y la fundamentación de toda conclusión y constatación que realice. Si el panel de expertos formula recomendaciones en su informe, la parte requerida no tendrá que seguir estas recomendaciones para garantizar la conformidad con el Acuerdo. Tras el informe provisional, cada una de las partes podrá presentar una solicitud motivada de reconsideración de aspectos concretos y cada parte podrá formular observaciones sobre la solicitud de la otra. Si no se presentan alegaciones, el informe provisional se convierte en final y definitivo. Tras tomar

en consideración esas observaciones, el grupo de expertos elaborará el informe final, que será presentado a las partes. Este informe final incluirá un examen de cualquier solicitud por escrito de las partes sobre el informe provisional y abordará claramente sus observaciones y también deberá ser puesto a disposición del público por las partes del acuerdo.

Si el informe final del grupo de expertos determina que una parte no ha cumplido sus obligaciones en virtud del capítulo laboral, las partes, debatirán las medidas adecuadas que deban aplicarse: la parte requerida informará a sus grupos consultivos internos creados en virtud del artículo INST.7[1], así como la parte denunciante, acerca de su decisión sobre las medidas que deban aplicarse. Esta llamada a los grupos consultivos internos permite la primera intervención sindical en la materia.

El Comité Especializado en Comercio en materia de Igualdad de Condiciones para una Competencia Abierta y Justa y el Desarrollo Sostenible supervisará el seguimiento del informe del grupo de expertos, el cual podrá recibir las observaciones realizadas por los grupos consultivos internos.

Cuando las partes no estén de acuerdo sobre la existencia o la coherencia de las disposiciones pertinentes de cualquier medida adoptada para subsanar la no conformidad, la parte denunciante podrá presentar una solicitud escrita al grupo de expertos original para que resuelva sobre la cuestión. La solicitud identificará cualquier medida en cuestión y explicará el modo en que dicha medida no es conforme con las disposiciones pertinentes de manera suficiente para presentar la reclamación claramente.

c) Grupo de expertos en ámbitos de no regresión

El artículo 9.3 de la parte sexta, aplicable también a la solución de discrepancias en materia de desarrollo sostenible, señala que a efectos de esas diferencias, el artículo INST.24 sobre reparaciones temporales y el artículo INST.25 sobre

1 El Artículo INST.7 del Acuerdo (título III de su primera parte, marco institucional) crea los grupos consultivos internos. "*1. Cada Parte consultará sobre las cuestiones cubiertas por el presente Acuerdo y cualquier acuerdo complementario a su grupo o grupos consultivos internos de reciente creación o existentes que incluyan una representación de organizaciones independientes de la sociedad civil, incluidas organizaciones no gubernamentales, organizaciones empresariales y patronales, y sindicatos, activas en asuntos económicos, de desarrollo sostenible, sociales, de derechos humanos, ambientales y de otra índole. Cada Parte podrá convocar a su grupo o grupos consultivos internos en diferentes formaciones para debatir la aplicación de las distintas disposiciones del presente Acuerdo o de cualquier acuerdo complementario*".

revisión de cualquier medida adoptada para el cumplimiento después de la adopción de reparaciones temporales se aplicarán, en lo que quepa, añadiendo que, cuando la parte requerida opte por no adoptar ninguna medida para adecuarse a lo dispuesto en el informe del grupo de expertos y en el propio acuerdo, la parte denunciante sigue teniendo a su disposición cualquier recurso autorizado en virtud del artículo INST.24 sobre reparaciones temporales. Estos preceptos se refieren a las posibles consecuencias en caso de incumplimiento de laudos arbitrales, solución que también se adopta en el caso del panel de expertos, que a estos efectos funciona como tribunal arbitral que dicta una resolución no vinculante. La consecuencia del incumplimiento, en atención a lo dispuesto en estos preceptos, es la presentación de una reparación temporal o una eventual suspensión temporal de obligaciones en la materia que, en todo caso, no puede exceder del nivel equivalente a la anulación o menoscabo causado y se subordinan a la consecución de una solución o acuerdo mutuo entre las partes afectadas. Si aun así persiste la discrepancia, según estos preceptos el tribunal arbitral tendrá que decidir sobre la cuestión, una vez más. En el caso del panel de expertos, cabe entender que este debe volver a pronunciarse de nuevo.

3. INVERSIÓN Y DESARROLLO SOSTENIBLE EN EL FUTURO ACUERDO GLOBAL UNIÓN-EUROPEA CHINA SOBRE INVERSIONES *(EU-CHINA COMPREHENSIVE AGREEMENT ON INVESTMENT)*

El texto que ha publicado la Unión Europea sobre el principio de acuerdo en materia de inversiones con China tiene un contenido muy limitado y llamativo desde el punto de vista laboral. Es claramente un acuerdo menos ambicioso que los demás concertados por la Unión Europea y que otros vigentes en el sureste asiático. Se afirma el compromiso de las futuras inversiones con la Agenda de Trabajo Decente de la OIT y con la Declaración del Centenario sobre el futuro del trabajo. El artículo 4 de la subsección 3 de la sección 4, dedicada a la Inversión y el Desarrollo Sostenible, dispone con carácter general que cada parte respetará, promoverá y cumplirá, de buena fe y de conformidad con la Constitución de la OIT, los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de los convenios fundamentales de la OIT, de conformidad con sus obligaciones asumidas como miembro de la OIT y sus compromisos en virtud de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales. En su segundo párrafo dispone "*Cada Parte, de conformidad con los compromisos de los miembros de la OIT y la Declaración del Centenario de la*

OIT de 2019 para el futuro del trabajo, se compromete a aplicar efectivamente los Convenios de la OIT que ha ratificado y a trabajar en pro de la ratificación de los Convenios fundamentales de la OIT. En particular, a este respecto, cada Parte hará esfuerzos continuos y sostenidos, por propia iniciativa, para lograr la ratificación de los Convenios fundamentales nº 29 y 105 de la OIT, si aún no los ha ratificado. Las Partes también considerarán la ratificación de los otros convenios clasificados como "actualizados" por la OIT".

Es ciertamente una prescripción muy tibia, que no sólo limita su ámbito material y su alcance a los derechos y principios fundamentales en el trabajo, sin mención a condiciones de trabajo justas o equitativas, sino que parece conformarse con que ni siquiera los convenios relativos a la prohibición del trabajo forzoso deban ser ratificados y aplicados para aceptar la firma del acuerdo. China no sólo no ha ratificado los convenios núm. 29 y 105, sino que tampoco ha ratificado los Convenios núm. 87, sobre libertad sindical y protección del derecho de sindicación, núm. 98, sobre derecho de sindicación y negociación colectiva, núm. 81 sobre inspección de trabajo, etc. Además, tampoco reconoce los derechos de libertad sindical y huelga. Se han calificado estas peticiones a China de suaves y muy diplomáticas, y de que olvidan que las normas laborales son un elemento fundamental de la libre competencia porque contribuyen a una competencia justa y en igualdad de condiciones[2]. También se había alabado la firmeza de la Unión Europea en esta negociación respecto a los derechos humanos, posición que finalmente ha terminado siendo mucho más matizada[3]. El Comité Económico y Social Europeo, en su *Dictamen sobre los Capítulos sobre comercio y desarrollo sostenible en los acuerdos de libre comercio*[4] ha señalado que los países socios deberían demostrar que respetan plenamente los ocho convenios laborales básicos de la OIT antes de celebrar un acuerdo comercial. "*Si un país socio no ha ratificado o aplicado apropiadamente esos convenios, o no ha demostrado un nivel equivalente de protección, el CESE recomienda que se presente una hoja de ruta sobre compromisos sólidos para incluirla en el capítulo sobre comercio y de-*

2 OJEDA AVILÉS, A.: "El Derecho de Trabajo como colaborador de la libre competencia: el Acuerdo Global de Inversiones UE China", Seminario de investigación sobre Comercio internacional y trabajo, organizado por la Universidad de Salamanca, 10-12 febrero 2021.

3 PÉREZ ROZAS, J. C.: "Permanencia y expansión del bilateralismo: los acuerdos comerciales de nueva generación entre la Unión Europea y terceros países", La Ley Unión Europea, 2019, núm. 68, p. 51. Consulta on line el 28 de junio de 2021. Vid. https://fernandezrozas.com/wp-content/uploads/2019/06/permanencia-y-expansion-del-bilateralismo.pdf

4 De 19 de octubre 2018. Vid. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017IE5323&from=ES

sarrollo sostenible, a fin de asegurar que se logre este objetivo a su debido tiempo". Esta hoja de ruta, aun interpretada de la manera más flexible, no parece que pueda encontrarse en este acuerdo.

Respecto al derecho a regular y la no regresión, se repite la misma declaración de intenciones que en otros acuerdos de libre comercio, entendiendo que la competencia leal y justa no puede perseguirse válidamente ni obtenerse con base en unos derechos y estándares laborales bajos que atraigan inversiones: se afirma el derecho de cada parte a determinar sus políticas y prioridades de desarrollo sostenible, a establecer sus propios niveles de trabajo nacional y a adoptar o modificar sus leyes y políticas pertinentes de conformidad con sus compromisos laborales multilaterales. Además, cada parte se esforzará por asegurar en su territorio altos niveles de protección laboral y no dejará sin efecto o derogará su legislación laboral como estímulo para el establecimiento, la adquisición, la expansión o la retención de una inversión o de un inversor en su territorio. Finalmente, las partes reconocen que la violación de los principios y derechos fundamentales en el trabajo no puede invocarse ni utilizarse de ningún modo como una ventaja comparativa legítima y que las normas laborales no pueden utilizarse con fines proteccionistas.

También típica es la no aplicación del sistema de control de las demás partes del acuerdo, a favor del establecimiento de mecanismos de consulta y participación, establecido en la subsección cuarta de este capítulo de desarrollo sostenible e inversión, que se dota de su propio sistema solución de discrepancias, aplicable en casos relacionados con las normas de trabajo y las medioambientales.

a) Consultas

En caso de que se produzca algún desacuerdo en alguna materia o aspecto de la sección laboral y medioambiental la parte solicitante puede enviar una consulta por escrito a la otra parte, exponiendo los motivos de la solicitud, incluida la información específica y suficiente para su examen y respuesta, la identificación del asunto y una indicación del fundamento jurídico de la solicitud. Durante las consultas, cada parte proporcionará información objetiva suficiente sobre el asunto, con vistas a llegar a una solución mutuamente satisfactoria del asunto. En este proceso, y de común acuerdo, podrán solicitar información a organizaciones internacionales, como la OIT. Las consultas, incluida la información divulgada y las posiciones adoptadas por las partes durante las consultas serán

confidenciales y no afectarán a los derechos de ninguna de las partes en cualquier procedimiento ulterior.

b) Panel de Expertos

Si el desacuerdo no se ha resuelto satisfactoriamente mediante consultas una parte podrá solicitar por escrito a la otra el establecimiento de un panel de expertos para examinar la cuestión. En la solicitud se indicará si se han celebrado consultas, identificando la medida específica en cuestión y explicando brevemente cómo dicha medida afecta a la aplicación de las disposiciones pertinentes del capítulo sobre desarrollo sostenible y la inversión de una manera suficiente para presentar claramente el fundamento jurídico. El panel de expertos estará integrado por tres miembros, designados previa consulta con las partes y de común acuerdo entre ambas.

Si las partes no llegan a un acuerdo sobre la composición del panel de expertos en un plazo de treinta días a partir de la presentación de la solicitud de constitución de este, se establece un procedimiento de selección por sorteo a partir del sistema de listas que el propio acuerdo regula, donde cada parte propone una sublista y se incluye una tercera integrada por personas que no sean nacionales de ninguna de las partes y para presidir el grupo de expertos. Pueden formar parte de la lista personas que posean conocimientos especializados o experiencia en derecho laboral internacional o en aspectos pertinentes de acuerdos internacionales de comercio o inversión. Serán independientes, ejercerán sus funciones a título individual y no aceptarán instrucciones de ninguna organización o gobierno con respecto a cuestiones relacionadas con el asunto en cuestión, ni estarán afiliados al gobierno de ninguna Parte. Además, deberán cumplir el código de conducta establecido en el anexo X. La fecha de composición del panel de expertos será la fecha en que los tres expertos seleccionados hayan aceptado su nombramiento y será puesta a disposición del público.

El panel hará una evaluación objetiva de la cuestión y los hechos del caso. A menos que las partes acuerden otra cosa, en un plazo de diez días a partir de la fecha de establecimiento del panel, su mandato será examinar, a la luz de las disposiciones pertinentes del capítulo sobre el desarrollo sostenible, la cuestión a que se hace referencia en la solicitud de establecimiento del panel, de conformidad con las normas consuetudinarias sobre interpretación del derecho internacional público, codificado en la Convención de Viena sobre el derecho de los

Tratados, pero sin perjuicio de cualquier consideración del derecho interno de la parte de que se trate, cuando proceda, como cuestión de hecho. El panel de expertos también podrá decidir, previa consulta con las partes, cualquier cuestión de procedimiento no regulada expresamente de manera que sea compatible con las disposiciones de esta subsección, incluso examinando cuestiones similares en otras partes del acuerdo.

A petición de una parte, o por iniciativa propia, y previa consulta con las partes, el panel de expertos podrá solicitar cualquier información, asesoramiento técnico u opinión de expertos que considere oportuno, que se comunicará a las partes a fin de que estas puedan formular observaciones al respecto.

Siguiendo el procedimiento habitual en este tipo de cláusulas, el panel de expertos presentará un informe provisional a las partes, al cual cada parte podrá formular observaciones en un plazo de diez días a partir de su presentación. A su vez, cada parte podrá formular observaciones a los comentarios de la otra. El panel de expertos remitirá el informe final a las partes exponiendo las conclusiones de los hechos, la aplicabilidad de las disposiciones pertinentes y la justificación básica de las conclusiones y recomendaciones. El panel de expertos hará todo lo posible por formular sus recomendaciones por consenso, pero en caso contrario, decidirá por mayoría de votos. Este informe final se pondrá a disposición del público, con sujeción a la protección de la información confidencial. Las partes, a su vez, celebrarán consultas y examinarán las medidas para abordar la cuestión, sobre la base del informe. El resultado acordado se pondrá a disposición del público, a menos que se decida otra cosa de común acuerdo. Las partes podrán recibir opiniones sobre la aplicación de las medidas a través de los mecanismos de divulgación, en virtud de los cuales se podrán facilitar las reuniones con grupos de interés no estatales sobre asuntos relacionados con esta materia de conformidad con la legislación nacional. Finalmente, se regula un procedimiento de presentación de alegaciones al panel de expertos por parte de terceros interesados que especifiquen el interés que la persona tiene en el procedimiento. Las comunicaciones se entregarán a las partes, que podrán formular observaciones. El panel de expertos no estará obligado a abordar en su informe los argumentos expuestos en dichas comunicaciones.

4. FORTALEZAS Y DEBILIDADES DE ESTOS PROCEDIMIENTOS

La debilidad de estas cláusulas de aplicación y control es su carácter no vinculante y escasamente imperativo, lo cual se convierte, a su vez, en una fortaleza,

porque favorece la obtención de una solución consensuada más proclive a ser adoptada, a ser eficaz y a permanecer en el tiempo y favorecer la mejora de los estándares laborales y medioambientales a nivel global. Para ello, la supervisión y el diseño institucional del capítulo deben estar claramente definidos, lo que debería incluir reuniones periódicas y coherentes de los departamentos y los interlocutores sociales y los grupos de la sociedad civil deberían incluirse de manera significativa en el proceso y los mecanismos de solución de diferencias deben ser oportunos, transparentes, incluir a los interlocutores sociales y ser accesibles[5].

Los sistemas de cumplimiento de los compromisos adoptados en los acuerdos comerciales suelen ser de dos tipos, sancionatorio y negociado. El primero es apropiado en áreas en las que el beneficio económico o político del incumplimiento puede exceder su coste y por ello se basa en asegurar el cumplimiento removiendo los beneficios del incumplimiento y creando costes, mientras que el enfoque de gestión negociada se basa en el diálogo, la asistencia y la presión reputacional para resolver los problemas de no cumplimiento, porque la negociación, que es el principal método para afrontar los problemas de cumplimiento, tiene una significativa capacidad de éxito[6]. Los sistemas basados en la negociación son de naturaleza cooperativa y tratan las causas del incumplimiento por medios positivos, incluyendo la transparencia, el diálogo continuo entre las partes y la sociedad civil y los métodos de solución de disputas de tipo colaborativo. El poder de las sanciones, por su parte, no reside en su activación, sino en la amenaza de su activación. La sanción y la amenaza de su imposición no han demostrado que impidan los abusos laborales, de modo que el desafío es, para sus defensores, diseñar sanciones cuya imposición o amenaza de imposición, además de hacerlos efectivos, no afecte a los trabajadores a quienes se supone que la cláusula social protege.

Los mecanismos de aplicación vistos en los acuerdos comerciales europeos son de tipo negociado y colaborativo, si bien se ha señalado que la constitución del panel de expertos y su supervisión de las acciones de los estados para solucio-

5 Vid. MOORE, M. AND SCHERRER, C.: *Conditional or Promotional Trade Agreements - Is Enforcement Possible? How International Labour Standards Can Be Enforced through US and EU Social Chapters*, Friedrich-Ebert-Stiftung in Core Labour Standards Plus Linking trade and decent work in global supply chains, 2017, p. 17. Conditional or promotional trade agreements – Is enforcement possible?: Friedrich-Ebert-Stiftung in Asia (fes.de), última consulta el 9 julio 2021.

6 PRÉVOST, D. AND ALEXOVIČOVÁ, I.: "Mind the compliance gap: managing trustworthy partnerships for sustainable development in the European Union's free trade agreements", *International Journal of Public Law and Policy*, 2019, núm. 3, vol. 6, p. 241.

nar las discrepancias, que se asemeja mucho a un arbitraje, salvando la distancia evidente de que no dicta una resolución vinculante y eventualmente sancionadora, podría constituir la antesala de un futuro sistema con sanciones reales y efectivas por el incumplimiento de las normas laborales y medio ambientales fundamentales[7]. La Comisión, por su parte, se ha mostrado reacia a utilizar este sistema de sanciones en todo momento por la ausencia de consenso al respecto.

Las diversas opiniones y los problemas que un sistema de sanciones puede suponer son de diversa índole: se ha señalado que afectan negativamente a la diplomacia en el curso de las negociaciones, que no añaden un valor adicional a la aplicación del acuerdo, que pueden tener efectos disuasorios para la negociación y que serían vistos como la imposición no deseada de los estándares, valores y normas europeas fuera de sus fronteras[8]. También se ha señalado que, precisamente gracias a su poder de mercado, la UE y sus acuerdos comerciales pueden promover una amplia aceptación y aplicación de los estándares de sostenibilidad laboral y medioambiental en el planeta, si las contrapartes de los acuerdos europeos aceptan sus estándares a cambio de tener acceso preferente a su mercado y otros estados no parte son motivados por la fuerza del mercado a adoptar estos estándares dominantes acordados por la mayor parte de participantes en el mercado global[9]. Y son significativas las opiniones a favor del establecimiento de un sistema de sanciones que complementen el modelo actual, quizá no comerciales (como la retirada de preferencias arancelarias) pero sí monetarias, con un efecto disuasorio muy evidente[10]. Incluso se ha propuesto un sistema de sanciones dirigidas, que se centren en el responsable del incumplimiento, incluso una empresa o sujeto privado, sin causar daños generales como el aumento del desempleo o la caída de la actividad económica[11].

7 VAN DEN PUTTE, L & ORBIE, J., "EU Bilateral Trade Agreements and the Surprising Rise of Labour Provisions", *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 2015, núm. 31, issue 3, pp. 268-269.

8 DEMY VAN'T WOUT: "The enforceability of the trade and sustainable development chapters of the European Union's free trade agreements", Asia Europe Journal, 2021. Vid. https://doi.org/10.1007/s10308-021-00627-1

9 PRÉVOST, D. AND ALEXOVIČOVÁ, I.: "Mind the compliance gap: managing trustworthy partnerships for sustainable development in the European Union's free trade agreements", op. cit., p. 238.

10 MARTÍNEZ SAN MILLÁN, C.: "Hacia una efectiva implementación de los capítulos de comercio y desarrollo sostenible de los acuerdos de libre comercio de la Unión Europea", *Revista de Estudios Europeos*, núm. 75, 2020, p. 84.

11 PORTELA, C.: *Enforcing Respect for Labour Standards with Targeted Sanctions*, Friedrich-Ebert-Stiftung in Asia project Core Labour Standards Plus, 2018, pp.10-13. Vid. (PDF) Enforcing

Por su parte, también se han enumerado diferentes motivos por los que los actuales mecanismos de consulta y negociación ven obstaculizada su efectividad, entre otros, la falta de recursos económicos para el desenvolvimiento de sus actividades, la falta de transparencia a la hora de seleccionar a los miembros de la sociedad civil que van a participar en el proceso, su independencia respecto de los gobiernos o la falta de conciencia y de intercambio de información entre los participantes[12].

El Comité Económico y Social Europeo ha adoptado varios dictámenes respeto a los capítulos sobre comercio y desarrollo sostenible de los acuerdos comerciales suscritos por la Unión Europea y en ellos insta a la Comisión a que sea más ambiciosa en su planteamiento, en particular con respecto al refuerzo de la aplicación efectiva de los compromisos en esta materia, señalando que debe dar la misma importancia a los capítulos sobre comercio y desarrollo sostenible que a los que tratan de cuestiones comerciales, técnicas o arancelarias. El CESE considera que la mejora de su eficacia pasa por mejorar los Grupos Consultivos Internos (GCI), como organismos encargados de hacer un seguimiento de estos compromisos, a cuyo propósito las reuniones conjuntas de los GCI de la UE y de los países socios deben queden incluidas en el texto del acuerdo para permitir el intercambio de experiencias en proyectos conjuntos y preparar recomendaciones conjuntas, así como permitir la puesta en marcha, de manera independiente, de investigaciones sobre la violación de los compromisos contraídos en materia de comercio y desarrollo sostenible e investigar los actuales mecanismos de sanción contemplados en los acuerdos comerciales y su utilización hasta el momento[13].

Respect for Labour Standards with Targeted Sanctions (researchgate.net)

12 BARBU, M., CAMPLING, L., EBERT, F., HARRISON, J., MARTENS, D., MARX, A., ORBIE, J., RICHARDSON, B. & SMITH, A.: "A Response to the Non-paper of the European Commission on Trade and Sustainable Development (TSD) chapters in EU Free Trade Agreements (FTAs)", 2017. Vid. en: https://www.qmul.ac.uk/geog/media/geography/docs/research/working-beyond-the-border/A-Response-to-the-Nonpaper-26.09.17.pdf. Última visita 9 julio 2021. HARRISON, J. BARBU, M., CAMPLING, L. & EBERT, F.: "Labour Standards Provisions in EU Free Trade Agreements: Reflections on the European Commission's Reform Agenda", *World Trade Review*, 2018, p. 10. Vid. en: https://doi.org/10.1017/S1474745618000204

13 Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «Capítulos sobre comercio y desarrollo sostenible en los acuerdos de libre comercio» (Dictamen de iniciativa) (2018/C 227/04). Vid. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017IE5323&from=EN. Sólo en una ocasión se ha puesto en práctica este mecanismo de control y solución de discrepancias, respecto al acuerdo EU-Corea, cuyo informe final se hizo público en enero de 2021, y sus efectos sólo serán visibles con el tiempo, cuando las recomendaciones vayan siendo seguidas.

Entre las recomendaciones que realiza el CESE a la Comisión para la mejora de los capítulos de desarrollo sostenible y comercio y asegurar el papel y la eficacia de los grupos de consulta internos están una mejor promoción y presentación del contenido de los capítulos sobre comercio y desarrollo sostenible a la sociedad civil en la UE y en los países socios antes de la entrada en vigor del acuerdo y un pleno respeto de los ocho convenios laborales básicos de la OIT, antes de la conclusión de un acuerdo comercial (o la inclusión en el acuerdo de previsiones para asegurar que se logre este objetivo a su debido tiempo), por tanto, abriendo el camino hacia un capítulo de desarrollo sostenible de tipo condicional, así como el cumplimiento de las normas recogidas en el Programa de Trabajo Decente de la OIT, que va más allá de las normas laborales fundamentales e impone compromisos en relación con otros derechos, como los relativos a la igualdad de género y la salud y seguridad. También propone establecer una secretaría laboral independiente y un mecanismo de reclamación colectiva y animar a los gobiernos de los países socios a constituir sus CGI con celeridad y prestarles el necesario apoyo político y logístico, asegurando una composición equilibrada de los mismos, garantizando una financiación y recursos adecuados. Desde nuestra posición, la protección de los derechos y mejora de las condiciones laborales, resulta esencial potenciar el papel de los interlocutores sociales, tanto en el nivel internacional, como nacional, dentro de estos grupos consultivos, individualizar y privilegiar su presencia, tanto antes como después de la firma del acuerdo.

En julio de 2017 los servicios de la Comisión Europea publicaron un documento no oficial sobre Comercio y Desarrollo sostenible en los acuerdos de libre comercio de la UE, evaluando la práctica y presentando algunas sugerencias para mejorar la aplicación de los capítulos de comercio y desarrollo sostenible, incluida la posibilidad de incluir sanciones por incumplimiento[14]. Tras los debates y la información recibida de diversas partes interesadas, en febrero de 2018 los servicios de la Comisión emitieron un nuevo documento no oficial (*Feedback and Way Forward on Improving the Implementation and Enforcement of Trade and Sustainable Development Chapters in EU Free Trade Agreements*)[15],

14 "Trade and Sustainable Development (TSD) Chapters in EU Free Trade Agreements (FTAs)", Non-Paper of the Commission Services, Brussels, 10 July 2017. Vid. http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2017/july/tradoc_155686.pdf.

15 "Feedback and Way Forward on Improving the Implementation and Enforcement of Trade and Sustainable Development Chapters in EU Free Trade Agreements", Non-paper of the Commission services, 26 February 2018. Vid. http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/ 2018/february/tradoc_156618.pdf.

en el que la Comisión reconoció una vez más un claro consenso en cuanto a la necesidad de reforzar y mejorar la aplicación de los capítulos relativos al comercio y desarrollo sostenible y daba cuenta de los consensos alcanzados hasta la fecha entre las diversas partes interesadas en relación con los diferentes medios para mejorar su aplicación y cumplimiento. El documento contiene cuatro capítulos, "trabajando juntos", "capacitación y sociedad civil", "cumplimiento de compromisos" y "transparencia y comunicación" en los que se esbozaron 15 medidas más o menos concretas y viables, pero se rechazó el uso de sanciones para hacer cumplir la normativa, abogando por una colaboración y asociación más estrecha con el Parlamentos, los estados miembros y las organizaciones internacionales, por acciones concretas, reforzando el contenido concreto del capítulo con acciones relativas al clima o la ratificación temprana de los convenios fundamentales de la OIT y el refuerzo y colaboración con otros organismos en el establecimiento de responsabilidad social empresarial y cadena de suministros. Es significativo especialmente el apartado donde se expresa que el diálogo social es particularmente importante y se destaca el papel de los agentes sociales en la organización y seguimiento de los mercados de trabajo y de los derechos laborales. Su contenido adolecía de cierta generalidad y falta de concreción[16], pero no es un objetivo menor de la Comisión, porque su búsqueda de mecanismos de mejora permanece constante.

Más recientemente, a finales de 2020, la Comisión ha anunciado la preparación de mecanismos de aplicación, cumplimiento y solución de discrepancias de los acuerdos comerciales más firmes y enérgicos[17], cuyo contenido aún no ha sido revelado, de modo que, a la vista de su postura contraria a establecer sanciones comerciales frente a los incumplimientos laborales y medioambientales, no cabe más que especular con un refuerzo de los sistemas de consultas y grupos de expertos que los asemejen aún más a los tribunales arbitrales, en la línea del acuerdo con el Reino Unido, en el que el sistema se refuerza con reparaciones temporales y revisión de medidas que vuelven a llevar al panel de expertos.

La Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, titulada

16 MARTÍNEZ SAN MILLÁN, C.: "Hacia una efectiva implementación de los capítulos de comercio y desarrollo sostenible de los acuerdos de libre comercio de la Unión Europea", op. cit., p. 82.

17 "Working approaches to the enforcement and implementation work of DG TRADE", Brussels, 16 November 2020.
Vid. https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2020/november/tradoc_159075.pdf

Una Europa social fuerte para unas transiciones justas, de 14 de enero de 2020[18] deja clara la posición europea en relación con la promoción de sus valores en el mundo: "*Europa debe utilizar su influencia política y económica para fomentar la justicia social en el resto del mundo. Nuestras políticas de cooperación internacional, desarrollo y comercio crean crecimiento, empleo y prosperidad, tanto en el seno de Europa como con nuestros socios comerciales. El comercio es más que el mero intercambio de bienes y servicios; se trata también de un activo estratégico para Europa (…). La Comisión trabajará en una agenda comercial fuerte, abierta y justa. Todo nuevo acuerdo bilateral global incluirá un capítulo sobre desarrollo sostenible e impondrá las normas más exigentes en materia de protección del clima, el medio ambiente y los trabajadores, con una política de tolerancia cero en materia de trabajo infantil, a fin de garantizar unas condiciones de igualdad adecuadas respecto de nuestros socios comerciales*". A efectos de reforzar y garantizar el cumplimiento de estos acuerdos, esta comunicación añade que *"la Comisión nombrará a un alto responsable de la aplicación de la política comercial, que colaborará con sus socios comerciales para garantizar la ejecución efectiva de los compromisos. La UE vigilará de cerca si la protección del clima, el medio ambiente y los trabajadores consagrada en nuestros acuerdos comerciales se cumple efectivamente y adoptará un enfoque de tolerancia cero en materia de trabajo infantil*". Esta figura, institucional y política, supondrá, sin duda, un refuerzo importante, pero no puede dejar de contar con la colaboración de los agentes sociales, en este caso, especialmente a nivel internacional.

5. LOS GRUPOS CONSULTIVOS INTERNOS Y LOS INTERLOCUTORES SOCIALES INTERNACIONALES: EL REFUERZO DE LA POSICIÓN DE LOS AGENTES SOCIALES

La Comisión no tiene en mente un sistema de sanción ante el incumplimiento del capítulo de desarrollo sostenible de los acuerdos de libre comercio porque las sanciones no encajarían fácilmente en el modelo de la UE y no garantizarían una efectiva mejora sostenible y duradera de las normas sociales y medioambientales fundamentales sobre el terreno, además de la dificultad de cuantificar el daño económico que resulta del incumplimiento de las disposiciones sobre comercio y desarrollo sostenible para determinar el nivel de las sanciones que deben aplicarse, así como por la posible reducción del alcance

18 COM(2020) 14 final. Bruselas, 14 enero 2020. Vid. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52020DC0014&from=ES

de estos capítulos en caso de imponer un sistema de sanciones. De modo que una de las vías que puede y quiere potenciar para lograr una mejor aplicación y cumplimiento es una mayor presencia de sujetos colectivos, en especial, un mayor apoyo de los agentes sociales laborales para estos aspectos, que, por medio de su poder colectivo y de las facultades que tanto los ordenamientos internos como el derecho internacional les confieren tienen una gran capacidad de acción en la actuación sobre el mercado de trabajo.

Además, en ámbitos que implican cierta convergencia normativa, como las normas laborales y la protección del medio ambiente, es necesario adoptar una perspectiva a más largo plazo en la búsqueda de relaciones comerciales dignas de confianza mediante una cierta alineación de actitudes. Un enfoque estrecho y basado en sanciones perjudicaría la relación de colaboración esencial para promover la mejora de la protección del medio ambiente y las normas laborales y, si se utiliza, podría perjudicar a aquellos que pretende proteger. En su lugar, se ha recomendado que la UE refuerce aún más los mecanismos de cumplimiento de los capítulos de desarrollo sostenible para lograr un mayor cumplimiento progresivo por parte de sus socios de todos sus compromisos. Sobre la base de las recomendaciones contenidas en el documento de la Comisión de 2018, parece razonable entender que el perfeccionamiento del diseño de los mecanismos de supervisión, diálogo, participación de las partes interesadas y solución de controversias a fin de aumentar la transparencia, la institucionalización y la rendición de cuentas pueden contribuir en gran medida a aumentar los niveles de cumplimiento[19].

A este respecto se ha señalado que un logro importante de los capítulos sobre comercio y desarrollo sostenible en los acuerdos de libre comercio europeos es la creación de los grupos consultivos internos (GCI), que proporcionan una importante plataforma para que la sociedad civil pueda supervisar los compromisos sobre derechos humanos, laborales y medioambientales en los acuerdos comerciales. No es un mecanismo de control, aplicación o seguimiento de carácter vinculante, pero sí institucional, que supone un reconocimiento de la necesidad de contar con la opinión pública en la aplicación de estos acuerdos y que facilitará el conocimiento de sus consecuencias directas en ámbitos diferenciados. En el acuerdo con el Reino Unido se regulan en la parte institucional, en

19 PRÉVOST, D. AND ALEXOVIČOVÁ, I.: "Mind the compliance gap: managing trustworthy partnerships for sustainable development in the European Union's free trade agreements", op. cit., pp. 255-256.

el artículo INST.7 como un órgano de consulta sobre las cuestiones cubiertas por el acuerdo y por cualquier acuerdo complementario y abarcarán a los que "*incluyan una representación de organizaciones independientes de la sociedad civil, incluidas organizaciones no gubernamentales, organizaciones empresariales y patronales, y sindicatos, activas en asuntos económicos, de desarrollo sostenible, sociales, de derechos humanos, ambientales y de otra índole*". Cada parte podrá convocar a su grupo o grupos consultivos internos en diferentes formaciones para debatir la aplicación de las distintas disposiciones del acuerdo o de cualquier acuerdo complementario y considerará las opiniones o las recomendaciones presentadas por su grupo o grupos consultivos internos, de modo que tienen un papel importante que desempeñar a la hora de garantizar que se detecten y aborden eficazmente las violaciones de los compromisos contraídos en el marco de los capítulos sobre comercio y desarrollo sostenible.

El CESE ha observado algunas deficiencias en el papel de los grupos consultivos internos, como una falta de equilibrio en la composición de los GCI de la UE y de los países socios, así como la falta de voluntad política en algunos países socios para constituir sus GCI a su debido tiempo, e insta a la Comisión a abordarlas, mediante una financiación adecuada para los GCI tanto en la UE como en los países socios, que las reuniones conjuntas de los GCI de la UE y de los países socios queden incluidas en el texto del acuerdo para permitir el intercambio de experiencias en proyectos conjuntos y preparar recomendaciones conjuntas y que los presidentes de los GCI participen en las reuniones de las comisiones sobre comercio y desarrollo sostenible, con el derecho a presentar los puntos de vista de sus grupos, para transmitir los mensajes de la sociedad civil a los gobiernos[20].

Además de los grupos de consulta internos, es necesario aumentar el papel de las empresas y las federaciones sindicales en el plano internacional. Es ya una un hecho consolidado el papel que desarrollan las multinacionales como sujeto, aunque impropio, del derecho internacional y el papel que los acuerdos marco transnacionales están desempeñando en la consideración de las condiciones de trabajo en los países que forman parte de la cadena de valor de la producción de estas multinacionales. Con un origen en las multinacionales europeas, hoy se encuentra ya pacífica y abiertamente extendida la celebración de estos acuerdos

20 *Dictamen sobre los Capítulos sobre comercio y desarrollo sostenible en los acuerdos de libre comercio*, 4.2, op. cit., 7.

y la formación y desarrollo de una auténtica negociación colectiva transnacional que va enriqueciendo sus contenidos y que busca la manera de potenciar su efecto vinculante pasando de mecanismos que recuerdan mucho a las consultas y la mediación de los acuerdos de libre comercio al desarrollo de sistemas con una mayor fuerza jurídica, como la diligencia debida.

El éxito en términos de sostenibilidad social, incluyendo unas condiciones laborales decentes, equitativas y dignas, no se ha logrado aun haciendo uso de la vía de la intervención estatal única. La participación de los grupos de la sociedad civil, especialmente de las organizaciones sindicales y empresariales que crean y ejecutan las normas laborales es esencial[21]. A nivel interno son estas organizaciones las que elaboran y aplican las propias normas y reglas de trabajo y su presencia en el ámbito transnacional es prueba de su eficacia.

A este respecto se propone aquí un refuerzo del papel de los agentes sociales internacionales en materia de desarrollo sostenible en el diseño y ejecución de los acuerdos comerciales, precisamente gracias a su papel en el desarrollo de los acuerdos marco transnacionales y el aumento de su capacidad de acción, de su contenido y de los mecanismos de seguimiento, aplicación y cumplimiento de los compromisos adquiridos, precisamente por constituir un ejemplo de colaboración a tres niveles, internacional, nacional y local de los agentes sociales en el logro de unas condiciones de trabajo dignas y satisfactorias. En este sentido, se ha señalado que el diseño, seguimiento y aplicación del capítulo laboral de los acuerdos comerciales debe ser accesible a los interlocutores sociales, incluyendo un compromiso significativo con base en su capacidad de acción y una formación previa a la ratificación con los interlocutores sociales sobre los mecanismos y el contenido de los acuerdos, facilitando así las redes transnacionales de solidaridad entre sindicatos[22]. Como agente cualificado que se integra en los grupos

21 También de las organizaciones no gubernamentales no relacionadas con las relaciones de trabajo en este caso. Una mayor participación puede favorecer no sólo el seguimiento y cumplimiento de los acuerdos, sino la legitimización de la propia política comercial de la Unión Europea. Vid. DRIEGHE, L, ORBIE, J., POTJOMKINA, D. AND SHAHIN, J.: "Participation of Civil Society in EU Trade Policy Making: How Inclusive is Inclusion?" preprint, December, 2020. Consultar en (PDF) Participation of Civil Society in EU Trade Policy Making: How Inclusive is Inclusion? (researchgate.net)

22 Vid. MOORE, M. AND SCHERRER, C.: *Conditional or Promotional Trade Agreements - Is Enforcement Possible? How International Labour Standards Can Be Enforced through US and EU Social Chapters*, Friedrich-Ebert-Stiftung in Core Labour Standards Plus Linking trade and decent work in global supply chains, 2017, op. cit., p. 15.

consultivos, su papel individualizado se corresponde con un nivel paralelo de negociación transnacional a tres bandas, como diálogo social institucionalizado.

Dentro de los acuerdos marco internacionales se regulan mecanismos de seguimiento y control que se han ido actualizando y mejorando y se basan en procedimientos información y difusión del acuerdo y de diálogo conjunto entre la dirección de la empresa y las representaciones sindicales de los trabajadores, tanto a nivel local, como transnacional[23]. La lección aprendida de las experiencias de aplicación de los acuerdos es la necesidad de vincular la dimensión global con la local, tanto con respecto a las filiales, como a las empresas de las cadenas de subcontratación y suministro[24].

El modelo es similar en la mayor parte de los acuerdos: en primer lugar, se establecen obligaciones de difusión del acuerdo que pasan por su traducción a los idiomas de los países en los cuales se encuentran establecidos los destinatarios y su cadena de suministros, su puesta al alcance de trabajadores y responsables recursos humanos y su integración en los compromisos y acuerdos con proveedores y subcontratistas. En segundo lugar, se establece la constitución de un comité sindical global o mundial, formado en el nivel transnacional por representantes de la empresa multinacional y representantes sindicales a nivel regional, mientras que a nivel local se producirá a través de los mecanismos de diálogo social regulares entre la empresa y los representantes de los trabajadores sobre las iniciativas que deben tomarse, los planes de acción y los términos y condiciones de puesta en práctica del acuerdo[25]. Estos comités sindicales mundiales o globales se convierten, a su vez, en los principales agentes de solución de los conflictos derivados de su interpretación y aplicación. El Acuerdo recientemente firmado por TK Elevator GmbH crea un comité sindical internacional formado por representantes de los sindicatos internacionales firmantes del acuerdo, del comité de empresa del grupo y del comité de empresa europeo, que será informado de las denuncias de incumplimiento del acuerdo que no hayan podido resolverse a nivel local y nacional y que puede sugerir medidas de solución que

23 Ya se había señalado que estos procedimientos mixtos de seguimiento eran la opción más moderna y que necesitaban control a nivel local e internacional, CORREA CARRASCO, M.: *Acuerdos marco internacionales. De la responsabilidad social empresarial a la autonomía colectiva transnacional*, op. cit., p. 78.

24 CRUZ VILLALÓN, J. (dir.): *La negociación colectiva en Europa. Una perspectiva transversal*, op. cit., p. 468.

25 A título de ejemplo, vid. los Acuerdo de Siemens Gamesa y Umicore. http://www.industriall-union.org/es/acuerdos-marco-globalesE-amg

serán discutidas con la dirección corporativa local y central. Además, se reunirá con la representación legal de la empresa designada para esta labor al menos tres veces por año, pudiendo añadirse una más y los miembros del comité sindical internacional pueden realizar una visita anual por país a las plantas o centros de producción de las empresas del grupo, previo acuerdo con los responsables de personal de la multinacional y con gastos cubiertos por la propia empresa, que garantizará el libre acceso a los miembros sindicales[26].

El Comité Económico y Social Europeo pedía a la Comisión en su dictamen que garantizara que los acuerdos comerciales apoyen un buen comportamiento empresarial e impidan el dumping social y los recortes de las normas sociales mediante el desarrollo de cláusulas en materia de responsabilidad social de las empresas, incluyendo compromisos sólidos y en consonancia con las directrices de la OCDE sobre empresas y derechos humanos. La Comisión, a su vez, recogía el guante y destacaba en su *non-paper* de 2018 esta necesidad. Con independencia de evolucionar hacia la unificación de los sistemas de solución de controversias para todos los capítulos de los acuerdos, una mayor conexión entre los agentes sociales nacionales e internacionales en el cumplimiento de los capítulos laborales potenciará su éxito y ello exige garantizar que los agentes sociales tengan derechos y recursos acordes con sus funciones y deberes[27],que participen en los estadios previos a la adopción del acuerdo y en los posteriores de seguimiento, control y solución de discrepancias.

26 Vid. CAIRÓS BARRETO, D.: "Público y privado en la configuración del nivel transnacional de negociación colectiva", *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, 2020, núm. 72, 2020.

27 BARBU, M., CAMPLING, L., EBERT, F., HARRISON, J., MARTENS, D., MARX, A., ORBIE, J., RICHARDSON, B. & SMITH, A.: "A Response to the Non-paper of the European Commission on Trade and Sustainable Development (TSD) chapters in EU Free Trade Agreements (FTAs)", 2017, op. cit. p. 4.

LA SUBCONTRATACIÓN COMO FACTOR DE RIESGO ESPECÍFICO PARA LA SALUD: EL CASO DE LOS TRABAJADORES DESPLAZADOS PARA UNA PRESTACIÓN DE SERVICIOS TRANSNACIONAL*

CARLOS GARCÍA GALLEGO

Licenciado en Derecho por la Universidad de Valencia. Doctor en Derecho por la Universidad Politécnica de Valencia. Mi actividad investigadora se ha centrado básicamente en temas relacionados con la seguridad y salud en el trabajo. Sobre esta materia he sido autor de varias publicaciones de investigación y ponente en diferentes congresos.

* Esta ponencia se enmarca en el proyecto de investigación DER2017-83040-C4-2-R, "El desplazamiento trasnacional de Trabajadores", del Ministerio de Ciencia e Innovación de España.

ABSTACT: With the arrival of the third millennium, industrial society has given way to a new society of services and knowledge that emerged from an economic and technological revolution in which the outsourcing of activities is favored. From the point of view of the European Union, the outsourcing of services is considered a phenomenon that favors competitiveness, in whose regulation Directive 96/71/EC particularly stands out as a key instrument in the Community promotion of the mobility of workers under contract. This trend of Directive 96/71/CE therefore requires an analysis of the state guarantees aimed at protecting the health of workers in such contracts and subcontracts, which will be the object of particularized study in this work.

KEYWORDS: Posted work; occupational safety; outsourcing.

1. LA PROTECCIÓN DE LA SALUD DE LOS TRABAJADORES DESPLAZADOS EN EL MARCO DE UNA PRESTACIÓN DE SERVICIOS TRANSNACIONAL.

La protección de la seguridad y salud de los trabajadores, conecta directamente con el derecho fundamental a la vida y la integridad física de las personas y viene garantizada por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFU) que en su artículo 31.1 establece que "Todo trabajador tiene derecho a trabajar en condiciones que respeten su salud, su seguridad y su dignidad".

Esta disposición encuentra, a su vez, fundamento en el artículo 3 de la Carta Social Europea[1], en el punto 19 de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores[2] y en lo que respecta al derecho a la dignidad en el trabajo, en el artículo 26 de la Carta Social Europea revisada[3], sin olvidar las reglas comunes a los derechos nacionales que conforman principios generales del orden jurídico de la Unión[4].

1 Instrumento de ratificación por parte de España del Protocolo Adicional a la Carta Social Europea, hecho en Estrasburgo el 5 mayo 1988, BOE 26 junio 1980, núm. 153, [pág. 14533] y Protocolo Adicional de 5 mayo 1988 , ratificado por Instrumento de 7 enero 2000, BOE 25 abril 2000, núm. 99, [pág. 16074].

2 Resolución del Consejo sobre la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales, D.O. nº C 323 de 27/12/1989 [p. 44].

3 Aprobada en Estrasburgo por el Consejo de Europa de 3 de Mayo de 1996, habiendo entrado en vigor el 1 de julio de 1999.

4 Por todas, STJUE de Justicia de 12 de noviembre de 1996 (asunto C-84/94, Reino Unido contra

Conviene recordar además, que el concepto de salud debe entenderse en un sentido amplio, tal y como lo define la Organización Mundial de la Salud, según la cual se trata de un "estado completo de bienestar físico, mental y social, y no solamente como un estado consistente en la ausencia de enfermedad o dolencia alguna, amparando como medidas de protección de la salud también las medidas dirigidas a la mejora general de las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores por cuenta ajena y su protección general"[5].

La aplicación y desarrollo de la protección de la salud de los trabajadores en los países miembros de la Unión Europea parte de la Directiva Marco 89/391/CEE, de la que derivan numerosas directivas de carácter específico[6] en materia de prevención de riesgos laborales y otras relativas a determinados riesgos laborales[7] o a ciertos colectivos merecedores de una protección específica[8].

Dicha normativa, y su correspondiente transposición al ordenamiento jurídico español, mediante la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales y sus disposiciones de desarrollo, configura una obligación

---

Consejo).

5 STJUE de 12 de noviembre de 1996 (asunto C-84/94, Reino Unido contra Consejo) [parágrafo 26].

6 Directiva 89/654/CEE, del 30 de noviembre de 1989, relativa a las disposiciones mínimas de seguridad y salud en los lugares de trabajo; Directiva 2006/42/CE del Parlamento Europeo y del consejo, del 17 de mayo de 2006, relativa a las máquinas y por la que se modifica la Directiva 95/16/CE; Directiva 89/656/CEE del Consejo, del 30 de noviembre de 1989, relativa a las disposiciones mínimas de seguridad y de salud para la utilización por los trabajadores en el trabajo de equipos de protección individual.

7 Directiva 90/269/CEE, del 29 de mayo de 1990, que establece las disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas a la manipulación manual de cargas que entrañe riesgos, en particular dorsolumbares, para los trabajadores; Directiva 98/24/CE del Consejo, del 7 de abril de 1998, relativa a la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores contra los riesgos relacionados con los agentes químicos durante el trabajo; Directiva 90/270/CEE del Consejo, de 29 de mayo de 1990, referente a las disposiciones mínimas de seguridad y de salud relativas al trabajo con equipos que incluyen pantallas de visualización; Directiva 90/679/CEE del Consejo, de 26 de noviembre de 1990, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo; Directiva 2002/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 25 de junio de 2002, sobre las disposiciones mínimas de seguridad y de salud relativas a la exposición de los trabajadores a los riesgos derivados de los agentes físicos (vibraciones); Directiva 2003/10/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 6 de febrero de 2003, sobre las disposiciones mínimas de seguridad y de salud relativas a la exposición de los trabajadores a los riesgos derivados de los agentes físicos (ruido).

8 Directiva 94/33/CE del Consejo, del 22 de junio de 1994, relativa a la protección de los jóvenes en el trabajo; Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia.

empresarial en esta materia que reviste dos facetas: una de carácter público y otra de carácter privado.

La primera proviene de la posición de garante del empresario respecto a la vida, integridad y salud de su personal asalariado, cualquiera que sea su vínculo contractual (laboral, administrativo o estatutario), que se configura como el objeto mediato de la prestación a cargo del empresario[9].

La segunda faceta de esta obligación reviste un carácter privado y está integrada por diversas obligaciones preventivas, de medios y de resultado, que delimitan el deber de protección empresarial. Teniendo en cuenta además, que esta obligación de protección eficaz y diligente del empresario presenta una serie de especificaciones legales, que la precisan pero que no agotan su contenido, dado el carácter dinámico, variable, mutable y adaptable a las vicisitudes del proceso productivo de aquélla[10].

En suma, como pone de relieve Fernández Marcos, "el trabajador que arrienda su trabajo no puede separarse del objeto arrendado; entra, al mismo tiempo, como sujeto y objeto de la relación arrendataria, por lo que la relación de trabajo […] no se agota con las prestaciones patrimoniales básicas (salario y servicios) sino que se integra y enriquece con otras prestaciones […]."[11].

Dicho esto, conviene tener en cuenta que esta obligación empresarial de proteger la seguridad y la salud de sus empleados debe ponerse, en el ámbito de la Unión Europea, y en el marco de una prestación de servicios transnacional, en relación con el derecho a iniciar y sostener en libertad la actividad empresarial[12] reconocido en el artículo 56 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), que establece que "los Estados miembros deberán abstenerse de imponer obligaciones a los operadores trasnacionales que obstaculicen su acceso al mercado nacional, lo que incluye el derecho de tales empresas a determinar libremente su oferta de servicios".

9 GONZÁLEZ ORTEGA S.; APARICIO TOVAR, J.: "Comentarios a la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales", Trotta, Madrid, 1996, págs. 28 y 107.

10 ALARCÓN CARACUEL, M.R.: "Los deberes del empresario respecto a la seguridad y salud de sus trabajadores", en AA.VV.: La prevención de riesgos laborales. Aspectos clave de la Ley 31/1995, Aranzadi, 1996, págs. 107-108

11 FERNÁNDEZ MARCOS, L., "La seguridad e higiene del trabajo como obligación contractual y como deber público", Madrid, Ministerio de Trabajo, 1975, págs. 77 y ss.

12 STC 225/1993 [fundamento jurídico 3º , B)] y STC 83/1984 [fundamento jurídico 3º in fine].

Este derecho a la libertad de empresa presenta como uno de sus aspectos destacados, la posibilidad de la descentralización de los servicios empresariales, que en el marco de la unión se considera un fenómeno favorecedor de la competitividad[13].

En este sentido, la normativa europea en esta materia, promueve la movilidad de trabajadores para la prestación de servicios transnacionales mediante la Directiva 96/71/CE que se presenta como la norma clave en relación con la subcontratación intracomunitaria de personal de servicios.

Esta tendencia descentralizadora de la Directiva 96/71/CE, puede suponer en algunos casos, una relajación o, incluso, una seria dificultad para la puesta en marcha de eficaces medidas preventivas frente a los riesgos laborales. Es más, la propia subcontratación puede suponer en sí misma la generación de factores de riesgo que habrá que tenerse en cuenta en la evaluación y posterior planificación de la prevención.

2. LA SUBCONTRATACIÓN COMO FACTOR DE RIESGO ESPECÍFICO

En la Estrategia Global en Materia de Seguridad y Salud en el Trabajo, adoptada por la OIT[14], se declara que "la salud laboral se ve afectada por las mismas fuerzas de cambio que prevalecen en el contexto socioeconómico nacional y mundial", destacando las alteraciones "en el empleo y en la organización del trabajo [y en] el tamaño, la estructura y el ciclo de vida de las empresas".

En esta misma línea argumental, López Gandía y Blasco Lahoz han analizado el modo en que estas formas de organización de la producción han originado nuevos factores de riesgo, cuya generalización merecen una particular atención[15].

En el mismo sentido, Hortal Ibarra sostiene que del exceso de cadenas de subcontratación surgen determinados riesgos específicos, empezando por la acumulación de los riesgos laborales procedentes de la empresa principal a los

13 Comité Económico y Social Europeo (CESE), Dictamen de iniciativa, "Las interacciones entre los servicios y la industria manufacturera europea y su impacto en el empleo, la competitividad y la productividad", de 13 de septiembre de 2006, CCMI/035, p. 18, párrafo II.6.

14 Estrategia Global en Materia de Seguridad y Salud en el Trabajo, adoptada por la OIT en 2003, Conclusiones adoptadas por la Conferencia Internacional del Trabajo en su 91.ª reunión, págs.2-3.

15 LÓPEZ GANDÍA, J.; BLASCO LAHOZ, J., "Curso de prevención de riesgos laborales", Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, págs. 17 y ss.

que provienen del resto de empresas que se desarrollan su actividad simultánea y conjuntamente.

Por otro lado, la subcontratación favorece que el empresario principal no se responsabilice de los trabajadores subcontratados puesto que carecen de un vínculo contractual común. Además, favorece la proliferación de empresas pequeñas que cuentan con menos recursos para dotarse de sistemas complejos de protección de los trabajadores.

Por último, el hecho de que las contratas tengan una duración temporal fomenta el recurso a la contratación de trabajadores temporales, siendo la temporalidad uno de los factores de riesgo que más incide en la siniestralidad[16].

También reviste interés el Informe de la comisión de asuntos europeos del senado francés sobre las normas europeas en materia de prestación de servicios trasnacional, pone de manifiesto la existencia de una importante variedad de fraude como consecuencia, en buena medida, de la ausencia de un procedimiento de control realmente eficaz debido a la falta de una cooperación ordenada entre los estados miembros contribuye al mismo tiempo a la banalización del fraude.

Por un lado habla de fraudes simples, que de hecho consisten en una violación de los principios de la directiva, y en particular de su núcleo duro, y se traduce en la falta de declaración del desplazamiento, falta de certificado de afiliación al sistema de seguridad social, impago de salarios y horas extraordinarias, excesos en la jornada máxima de trabajo.

Y por otro, trata de fraudes complejos, en los que suelen intervenir varias cadenas de subcontratación, que muchas veces terminan en trabajo ilegal, ausencia de declaración de accidentes de trabajo, abuso de la vulnerabilidad a través de condiciones laborales incompatibles con la dignidad humana, esclavitud moderna, trata de personas.

En definitiva, el informe pone de manifiesto que esa falta de control afecta no solo a los derechos económicos de los trabajadores enviados sino también a los relativos a la protección de su seguridad y salud.

En general, sostiene el informe, cuanto más compleja es la situación del trabajador desplazado y de la empresa a la que está adscrito, menor es su coste

16 HORTAL IBARRA, J.C., "Subcontratación, cesión legal de trabajadores y responsabilidad penal en materia de prevención de riesgos laborales", Tribuna Social n. 175/2005, págs.23 y 25.

y mayores son las dificultades para hacer cumplir la normativa social del país de acogida[17].

En este sentido, es particularmente elocuente el caso de Atlanco, seleccionado por el grupo Bouygues para ejecutar parte del reactor nuclear EPR en Flamanville. Esta empresa irlandesa de trabajo temporal, con sede en Chipre, contrató así a trabajadores polacos remunerados de acuerdo con las condiciones de su país, sin tener en cuenta el número de horas realizadas y sin notificar 38 accidentes laborales.

Por otro lado, en relación con el abuso de la subcontratación, el informe desvela la existencia de fraudes organizados que a menudo resultan en una cascada de subcontratistas y empresas "fantasma" dentro del país de envío. De modo que, cuanto más larga sea la cadena de subcontratación, mayor será la ventaja de complicar los controles mientras se libera de responsabilidad al cliente inicial.

Dicho fraude suele llevarse a cabo por empresas que no tienen una actividad real en el país donde están afiliadas (donde las cotizaciones sociales son bajas) y son utilizadas por una empresa de otro país donde las cotizaciones sociales son mayores[18].

Paradigmático es el caso de EDF en el Reino Unido recogido por la Comisión Europea en su evaluación de la Directiva 96/71. Se trataba de la construcción de una planta de energía en Cottam en 2003 que dio lugar a una compleja cadena de subcontratación pasando por Alemania (la empresa RWE) y Portugal. Al final, resultó que a los trabajadores portugueses de la obra no se les pagó según los términos del convenio colectivo británico de aplicación.

En definitiva, citando a Pérez de los Cobos, la consideración de la contratación y subcontratación de servicios como una forma de ejercicio de este derecho fundamental [libertad de empresa], impide amparar bajo esta fórmula a aquellos que no asumen el riesgo inherente a la misma, ni ejercen el poder de dirección[19].

17 Rapport d´information au nom de la comisión de affaires européennes du sénat sur les normes européennes en matière de détachement des travailleurs; pag. 20 (ponente: Senador Eric Boquet, registrado ante la presidencia del senado el 18 de abril de 2013).

18 Rapport d´information au nom de la comisión de affaires européennes du sénat sur les normes européennes en matière de détachement des travailleurs; pag. 20 (ponente: Senador Eric Boquet, registrado ante la presidencia del senado el 18 de abril de 2013).

19 PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., "Descentralización productiva y libertad de empresa",

Ciertamente, el elemento trasnacional sitúa a los trabajadores en contratas a nivel trasnacional en una situación de mayor vulnerabilidad que los trabajadores subcontratados cuya prestación de servicios se desarrolla en el ámbito de un solo Estado[20].

Así, a los riesgos anteriores propios de la subcontratación hay que añadir los derivados de la movilidad transnacional del trabajador. A este respecto, conviene tener en cuenta que el trabajador se encuentra ante un contexto de trabajo diferente, que implica su exposición a diferentes riesgos derivados específicamente de dicho desplazamiento.

Así, por un lado, habría que contemplar los riesgos asociados al entorno donde se desarrolla la actividad que pueden estar relacionados con agentes biológicos, episodios de violencia o inseguridad, o los derivados de fenómenos meteorológicos extremos.

Por otro lado, habría que tener en cuenta los riesgos de carácter psicosocial que afectan a la salud y a la calidad de vida del trabajador como consecuencia directa de los cambios que implica el desplazamiento a otro país.

En este sentido, se consideran factores de riesgo de carácter psicosocial, los eventuales escenarios de discriminación o marginación por la condición de extranjero del trabajador. Igualmente, se considera un factor de riesgo, relacionado en ocasiones con trastornos ansiosos o depresivos, el alejamiento de la familia y seres queridos.

Y por supuesto la barrera idiomática que plantea un serio problema para la asimilación de la información y la formación, y de las órdenes e instrucciones empresariales en materia preventiva.

Por lo tanto, todos estos factores de riesgo deben tenerse en cuenta por el empresario que desplace temporalmente a sus trabajadores para la prestación de servicios en otro país (de la Unión Europeo o no) tanto en el proceso de la evaluación de riesgos y su correspondiente planificación, como en la adopción de medidas preventivas, en particular en la obligación de información y formación

Revista del Instituto de Estudios Económicos, Madrid, nº 4 /2004, págs. 190-191.

20 TOSCANI GIMÉNEZ, D.; ALEGRE NUENO, M., "Reflexiones críticas acerca del nuevo régimen de subcontratación en el sector de la construcción: el Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto", Aranzadi Social n. 15/2007.

de los trabajadores, la vigilancia de su salud, la participación de estos en tareas preventivas, etc.

3. SUBCONTRATACIÓN Y DEBER DE SEGURIDAD

Frente a los riesgos específicos que supone la prestación de servicios en régimen de descentralización productiva, ya sea mediante el arrendamiento de servicios a otra empresa, por la descentralización de actividades hacia otra empresa del grupo empresarial en el país de destino o por la cesión de temporal de trabajadores a través de una empresa de trabajo temporal, la normativa preventiva ha configurado en el marco del deber general de protección frente a los riesgos laborales, un deber de colaboración o coordinación de actividades preventivas.

En virtud de dicha obligación, cuando en un mismo lugar de trabajo estén presentes trabajadores de varias empresas, los empresarios deberán cooperar en la aplicación de las disposiciones relativas a la seguridad, la higiene y la salud, así como, habida cuenta el tipo de actividades, coordinarse con vistas a la protección y prevención de riesgos profesionales, informarse mutuamente de dichos riesgos, e informar a sus trabajadores respectivos.

Dicho deber ha sido recogido en la normativa internacional en el Convenio nº 155 de la OIT sobre seguridad y salud de los trabajadores y medio ambiente de trabajo de 1981 (artículo 17)[21] y en la normativa de la Unión Europea en el artículo 6,4 de la Directiva Marco 89/391/CEE.

No obstante, no faltan voces en la doctrina que consideran insuficiente[22] este deber de coordinación y destacan, habida cuenta el abuso en el encadenamiento de subcontrataciones y en la situaciones fraudulentas relativas a la cesión ilegal y al desplazamiento de falsos autónomos a nivel comunitario, que los trabajadores afectados quedan fuera de toda protección[23].

21 "Siempre que dos o más empresas desarrollen simultáneamente en un mismo lugar de trabajo tendrán el deber de colaborar en la aplicación de las medidas previstas en el presente Convenio".

22 LÓPEZ GANDÍA, J.; ROMERO RÓDENAS, M.J.; TOSCANI JIMÉNEZ, D., "La prevención de riesgos laborales en el sector de la construcción: legislación, criterios técnicos y jurisprudencia", op. cit., pág. 25.

23 CAMAS RODA, F.; MARTÍNEZ ASO, M., "El cumplimiento de la normativa de seguridad y salud por las empresas que desplazan a trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional", Revista de derecho social, Nº 45/2009, págs. 107-108.

Por todo ello, buena parte de la doctrina manifiesta la necesidad de actuar en "el factor previo de riesgo que es la propia subcontratación"[24]. Se trata por tanto de actuar sobre los efectos de la subcontratación entendida como forma de inversión especulativa, en la que sucesivos intermediarios, sin organización productiva, asumen parte de la obra para su posterior venta a un tercero[25].

Teniendo en cuenta los riesgos específicos de la subcontratación para la seguridad y salud de los trabajadores, resultan necesarios instrumentos jurídicos internacionales que hagan efectivo el principio de coordinación de actividades empresariales en régimen de subcontratación estableciendo una regulación que la limite, como una medida de prevención de riesgos laborales, aunque también podría repercutir en otras condiciones de trabajo[26].

Junto con el citado deber genérico de coordinación de la actividad preventiva, interesa mencionar también el deber de vigilancia que pesa sobre el empresario principal en los supuestos de que concurran en el mismo centro de trabajo diferentes contratas y subcontratas.

Esta obligación viene establecida en el ordenamiento interno español por el artículo 24.3 de la Ley 1/1995 de prevención de riesgos laborales y su reglamento de desarrollo, el RD 171/2004.

Se trata en definitiva de un refuerzo a la obligación de la empresa principal de proteger a los trabajadores, en caso de concurrencia de empresas en un mismo

24 LÓPEZ GANDÍA, J.; ROMERO RÓDENAS, M.J.; TOSCANI JIMÉNEZ, D., "La prevención de riesgos laborales en el sector de la construcción: legislación, criterios técnicos y jurisprudencia", Bomarzo, 2008, págs. 18-19; CALVO GALLEGO, F.J., "La nueva Ley sobre subcontratación en el sector de la construcción", Temas laborales n. 87/ 2006, págs. 28 y ss.

25 Según la jurisprudencia del TJUE, puede admitirse "que una normativa nacional que incluye esta obligación, que persigue evitar la adquisición de terrenos agrícolas por razones puramente especulativas y que, de este modo, intenta facilitar la adquisición de estos terrenos con prioridad por parte de las personas que deseen cultivarlos, responde a un objetivo de interés general, en un Estado miembro en el que es un hecho indiscutido que los terrenos agrícolas constituyen un recurso natural limitado", STJUE de 25 enero 2007, Festersen, C-370/05, [párrafo 33].

26 LÓPEZ GANDÍA, J.; BLASCO LAHOZ, J., "Curso de prevención de riesgos laborales", Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, págs. 17 y ss.; GONZÁLEZ ORTEGA, S., "Los requisitos legales exigibles a contratistas y subcontratistas para su intervención en los procesos de externalización productiva en el sector de la construcción", en AAVV, MERCADER UGUINA, J.R. (Dir.), La nueva Ley reguladora de la subcontratación en la construcción, Lex Nova, Valladolid, 2009, págs. 46, 50-52 y 60, realiza un análisis extenso de tales fines preventivos en su interpretación del artículo 4 y 2.a) de la Ley 32/2006. En el mismo sentido, FERNÁNDEZ URRUTIA, A. B., "Un intento de freno a la siniestralidad y la precariedad laboral en las obras de construcción", Documentación Laboral n. 80/2007, págs. 51-128].

lugar de trabajo, y que enlaza además con el papel de garante del empresario y de proporcionar una protección eficaz a sus empleados.

No obstante, para su aplicación se exige que las obras o servicios a que se refiere el artículo se correspondan con la propia actividad del empresario principal (si se tratara de distinta actividad serían de aplicación los apartados 1 y 2 del articulo 24 o el artículo 24.4).

Tratándose de un concepto indeterminado y, por ende controvertido, la expresión "propia actividad" ha sido objeto de distintas interpretaciones por parte de los tribunales del orden social:

Por una lado, se ha defendido una interpretación restrictiva del concepto, asimilando propia actividad a la misma actividad, es decir a las tareas de la contratista que coincidan con la actividad de la comitente.

Junto con esta interpretación, se ha sostenido otra más amplia, basada en el criterio de la indispensabilidad de las funciones o servicios. Esta interpretación incluye actividades que sean secundarias complementarias o accesorias, pues son necesarias para la organización del trabajo, bastando con que exista cierta conexión con el proceso productivo de la comitente[27]. Como criterio general, se excluirían de este ámbito aquellas actividades no integradas en el proceso productivo[28] (por ejemplo, respecto de una actividad industrial, las de limpieza, seguridad o cafetería).

Parece más razonable sostener esta interpretación amplia de la norma por resultar más favorable para el trabajador, más aún teniendo en cuenta que de lo que se trata, en definitiva es de garantizar la vida y la salud de las personas.

No obstante el Tribunal Supremo ha mantenido un criterio "casuístico", conectando más con la posición amplia que con la restrictiva. Así, ha argumentado la STS, Sala de lo Social, 18.1.1995 (Ar. 415) que la actividad propia del empresario es aquella actividad principal, esencial o complementaria pero absolutamente indispensable de la empresa. Este planteamiento aboca a la necesidad de un análisis de las circunstancias concurrentes en cada caso concreto.

27 SSTSJ País Vasco 26.11.1996 (AS 3772) y 24.6.1997 (AS 1890); STSJ Asturias 24.1.1997 (AS 759).

28 SALA FRANCO, T-ARNAU NAVARRO, F.: "Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales", Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, págs. 181-183; MONTOYA MELGAR, A.; PIZÁ GRANADOS, J., "Curso de seguridad y salud en el trabajo", McGraw Hill, Madrid, 1996, pág. 308

Se exige además, para el ejercicio del deber de vigilancia del empresario principal que la actividad contratada o subcontratada se lleve a cabo en el propio centro de trabajo de aquél.

El término centro de trabajo debe entenderse en sentido amplio[29] como mero lugar de trabajo (no la derivada del art. 1.5 del TRET como unidad productiva con organización específica que hubiera so dada de alta como tal ante la autoridad laboral).

Así se desprende del art 3..c) Convenio nº 155 de la OIT sobre seguridad y salud de los trabajadores y medio ambiente de trabajo de 1981 según el cual la expresión lugar de trabajo abarca todos los sitios donde los trabajadores deben permanecer o a donde deben acudir por razón de su trabajo y en el que se hallan bajo el control directo o indirecto del empleador donde desarrollan actividades.

Esto encuentra refrendo en el articulo art. 2 de la Directiva 89/564, de 30 de noviembre, relativa a las disposiciones mínimas de seguridad y salud en los lugares de trabajo que los define como "lugares destinados a albergar puestos de trabajo, situados en los edificios de la empresa y/o del establecimiento, incluido cualquier otro lugar dentro del área de la empresa y/o del establecimiento al que el trabajador tenga acceso en el marco de su trabajo". Y en el art. 2 del RD 486/1997, de 14 de abril, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud en los lugares de trabajo, según el cual son lugares de trabajo: "áreas del centro de trabajo, edificadas o no, en las que los trabajadores deban permanecer o a las que puedan acceder por razón de su trabajo", incluidos los "servicios higiénicos", los "locales de descanso, los comedores, los locales de primeros auxilios" y "las instalaciones de servicio o protección anejas a los lugares de trabajo".

En definitiva, el deber de vigilancia que recae en el empresario principal en los supuestos de que en su lugar de trabajo concurran trabajadores por cuenta ajena o autónomos, supone un refuerzo al deber genérico de coordinación de actividades preventivas. Sin embargo, este refuerzo está condicionado por el hecho de que ha de tratarse de la propia actividad del empresario principal, con las dificultades interpretativas que se derivan de dicho concepto y además ha de darse en el mismo lugar de trabajo.

29 ALFONSO MELLADO, C.L., "Responsabilidad empresarial en materia de seguridad y salud laboral", Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pág.56.

4. LIMITES A LA SUBCONTRATACIÓN EN EL SECTOR DE LA CONSTRUCCIÓN

En relación con el sector de la construcción, cuyas particularidades a nivel trasnacional ha descrito la doctrina[30]; se producen buena parte de los conflictos en materia de desplazamiento de trabajadores que han llegado hasta el Tribunal de Justicia de la Unión Europea[31], destacando especialmente las medidas estatales dirigidas a asegurar su seguridad y salud laboral.

Conviene recalcar que el Tribunal de Justicia ha admitido de forma expresa que la protección social de los trabajadores del sector de la construcción constituye una de las razones imperiosas de interés general que pueden justificar una restricción a la libre prestación de servicios, así como las medidas de control necesarias para garantizar su observancia.

En este sentido, resulta relevante el tratamiento que de esta cuestión se realiza en la normativa española mediante la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción y el RD 1109/2007 por el que se desarrolla la citada Ley.

Dicha ley ya adelanta en su Exposición de Motivos que los "…excesos de subcontratación pueden facilitar la aparición de prácticas incompatibles con la seguridad y salud en el trabajo."

De modo que, para evitar tales excesos establece 3 tipos de medidas:

En primer lugar "…que las subcontrataciones que se efectúen a partir del tercer nivel de subcontratación respondan a causas objetivas, con el fin de prevenir prácticas que pudieran derivar en riesgos para la seguridad y salud en el trabajo.

Por otro lado, exige una "…serie de requisitos de calidad o solvencia a las empresas que vayan a actuar en este sector, y reforzando estas garantías en relación con la acreditación de la formación en prevención de riesgos laborales de sus recursos humanos…"

30 CREMERS, J., "Free movement of services and equal treatment of workers: the case of construction", Transfer n. 2/2006, págs. 172 y ss. sobre las particularidades normativas de este sector.

31 STJUE de 3 de febrero 1982 (asuntos 62 y 63/81, Seco y Desquenne) STJUE de 27 de marzo de 1990, (asunto Rush Portuguesa, C-113/89) en ambos casos referidos a la Construcción infraestructuras de ferrocarril; STJUE de 9 agosto 1994 (asunto Vander Elst, C-43/93) en relación a la construcción y la demolición especializada; y STJUE de 28 marzo 1996 (asunto Guiot, C-272/94), STJUE de 23 de noviembre de 1999 (asuntos acumulados C-369/96 y C-376/96, Arblade) relativos al sector de la construcción en general.

Y finalmente se articulan ciertos "…mecanismos de transparencia en las obras de construcción, mediante determinados sistemas documentales y de reforzamiento de los mecanismos de participación de los trabajadores de las distintas empresas que intervienen en la obra..".

A la vista de tales medidas resulta obligado cuestionarse si tales medidas contravienen el artículo 49 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea al suponer una restricción a la libre prestación de servicios. O si por el contrario, las limitaciones establecidas en esta normativa pueden tolerarse en beneficio de la seguridad y salud de los trabajadores.

En relación con la prohibición de subcontratar y de los requisitos de calidad y solvencia de las subcontratas, conviene señalar que el Artículo 5.1.de esta ley establece: "La subcontratación, como forma de organización productiva, no podrá ser limitada, salvo en las condiciones y en los supuestos previstos en esta Ley".

Esto concuerda con lo establecido en la exposición de motivos de la ley que sostiene que "hay que tener en cuenta que la contratación y subcontratación de obras o servicios es una expresión de la libertad de empresa que reconoce la Constitución Española en su artículo 38…" Y además reconoce que "la subcontratación permite en muchos casos un mayor grado de especialización, de cualificación de los trabajadores y una más frecuente utilización de los medios técnicos que se emplean, lo que influye positivamente en la inversión en nueva tecnología. Además, esta forma de organización facilita la participación de las pequeñas y medianas empresas en la actividad de la construcción, lo que contribuye a la creación de empleo. Estos aspectos determinan una mayor eficiencia empresarial".

"Sin embargo, el exceso en las cadenas de subcontratación,… además de no aportar ninguno de los elementos positivos…ocasiona, en no pocos casos, la participación de empresas sin una mínima estructura organizativa que permita … hacer frente a sus obligaciones de protección de la salud y la seguridad de los trabajadores"

A partir de aquí el art. 5.2 d), e) y f) establece que, sólo se podrá subcontratar trabajos de construcción, con carácter general hasta un tercer nivel. Asimismo, los trabajadores autónomos que hayan sido contratados para realizar un trabajo, no podrán subcontratar dicho trabajo.

Además no podrán subcontratar los subcontratistas, cuya organización productiva puesta en uso en la obra consista fundamentalmente en la aportación de mano de obra" salvo "en casos fortuitos debidamente justificados, por exigencias de especialización de los trabajos, complicaciones técnicas de la producción o circunstancias de fuerza mayor".

En principio, puede sostenerse que la prohibición de subcontratar en el sector de la construcción contenida en este artículo resulta compatible con el artículo 49 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea.

Por un lado, porque hay que tener en cuenta que la subcontratación en términos generales se mantiene vigente e incluso su existencia (y correcto uso) se justifica en la exposición de motivos. En segundo lugar, porque la prohibición de subcontratar se aplica con carácter general a partir del tercer nivel. Y además porque la prohibición afecta a empresas (o autónomos) cuya estructura organizativa permite pensar que carecen de una mínima estructura organizativa que permita garantizar que se hallan en condiciones de hacer frente a sus obligaciones de protección de la salud y la seguridad de los trabajadores".

En lo que respecta a los sistemas documentales introducidos por la ley y en particular la obligación de inscripción en el Registro de empresas acreditadas.

La clave está en determinar si la inscripción en dicho registro constituye una autorización para prestar los servicios o se trata de una declaración sobre el desplazamiento de trabajadores antes de que comiencen los trabajos[32].

Según se desprende del art. 4.2 de la ley 32/2006 la inscripción es necesaria para contratar o subcontratar en obras de construcción.

De ahí, que sea de aplicación la interpretación del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas según la cual "el articulo 49 CE no sólo exige eliminar toda discriminación en perjuicio del prestador de servicios establecido en otro Estado miembro por razón de su nacionalidad, sino también suprimir cualquier restricción, aunque a se aplique indistintamente a los prestadores de servicios nacionales y a los de los demás Estados miembros, cuando pueda prohibir, obstaculizar o hacer menos interesantes las actividades del prestador de servicios de otro Estado miembro, en el que presta legalmente servicios análogos."

32 CAMAS RODA, F.; MARTÍNEZ ASO, M., "El cumplimiento de la normativa de seguridad y salud por las empresas que desplazan a trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional", Revista de derecho social, Nº 45/2009, pág. 121.

"El Estado miembro de acogida sólo tiene derecho a exigir una autorización previa para el ejercicio de determinadas actividades, con independencia de la situación del desplazamiento, siempre que dicha autorización esté justificada por razones imperativas de interés general y sea proporcionada y compatible con las disposiciones pertinentes del Tratado sobre la libertad de prestación de servicios. Este requisito deberá tener en cuenta los controles y las comprobaciones ya efectuados en el Estado miembro de origen"[33]. De todo lo anterior se deduce que la citada inscripción en el registro podría contravenir el artículo 49 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea.

5. CONCLUSIÓN: LA PROTECCIÓN EUROPEA DE LA SALUD, SEGURIDAD Y DIGNIDAD EN EL TRABAJO

La normativa europea en materia de prestación de servicios transnacional, promueve la movilidad de trabajadores para la prestación de servicios mediante la Directiva 96/71/CE que se presenta como la norma clave en relación con la subcontratación intracomunitaria de personal de servicios. Esta tendencia descentralizadora de la Directiva 96/71/CE, puede suponer en algunos casos, una relajación o, incluso, una seria dificultad para la puesta en marcha de eficaces medidas preventivas frente a los riesgos laborales.

De la subcontratación se derivan riesgos específicos para la seguridad y salud de los trabajadores puesto que en los supuestos en que intervienen varias cadenas de subcontratación, muchas veces terminan en trabajo ilegal, ausencia de declaración de accidentes de trabajo y abuso de la vulnerabilidad a través de condiciones laborales incompatibles con la dignidad humana. Se hace así necesaria una regulación que tenga en cuenta los efectos de la subcontratación como forma de inversión especulativa, en la que sucesivos intermediarios, sin organización productiva, asumen parte de la obra para su posterior venta a un tercero.

A los riesgos anteriores propios de la subcontratación hay que añadir los derivados de la movilidad transnacional del trabajador. A este respecto, conviene tener en cuenta que el trabajador se encuentra ante un contexto de trabajo diferente, que implica su exposición a diferentes riesgos derivados específicamente de dicho desplazamiento. En otras palabras, el elemento trasnacional sitúa a

33 Comisión en el documento redactado en abril de 2006 "orientaciones para el desplazamiento de trabajadores en el marco de la prestación de servicios"

los trabajadores en contratas a nivel trasnacional en una situación de mayor vulnerabilidad que los trabajadores subcontratados cuya prestación de servicios se desarrolla en el ámbito de un solo Estado.

En relación con el deber de coordinación una parte de la doctrina considera insuficiente este deber de coordinación y destaca, habida cuenta el abuso en el encadenamiento de subcontrataciones y en la situaciones fraudulentas relativas a la cesión ilegal y al desplazamiento de falsos autónomos a nivel comunitario, que los trabajadores afectados quedan fuera de toda protección. Por todo ello, reclaman la necesidad de actuar en "el factor previo de riesgo que es la propia subcontratación". En particular, se ha reclamado la regulación de unos estándares laborales internacionales mínimos dirigidos a la subcontratación que tengan en cuenta estos nuevos factores de riesgo pero tal regulación sigue pendiente de realizarse.

Especialmente elocuente resulta en este sentido, el Estudio del Consejo General del Poder Judicial en materia de siniestralidad laboral en los procesos de subcontratación, en el que se señala que: […] "el hecho de que hasta hoy la OIT no se haya podido adoptar un convenio sobre el trabajo en régimen de subcontratación pone de manifiesto los grandes intereses que concluyen en el mantenimiento de este modelo de producción, al que únicamente son de aplicación las normas internas de cada país"[34].

BIBLIOGRAFÍA

ALARCÓN CARACUEL, M.R.: "Los deberes del empresario respecto a la seguridad y salud de sus trabajadores", en AA.VV.: "La prevención de riesgos laborales. Aspectos clave de la Ley 31/1995", Aranzadi, 1996

ALFONSO MELLADO, C.L., "Responsabilidad empresarial en materia de seguridad y salud laboral", Tirant lo Blanch, Valencia, 1998

CALVO GALLEGO, F.J., "La nueva Ley sobre subcontratación en el sector de la construcción", Temas laborales n. 87/ 2006, págs. 28 y ss.

CAMAS RODA, F.; MARTÍNEZ ASO, M., "El cumplimiento de la normativa de seguridad y salud por las empresas que desplazan a trabajadores en el marco de

34 Consejo General del Poder Judicial, Servicio de Planificación y Análisis de la Actividad Judicial, Siniestralidad Laboral: Análisis de la Respuesta Jurisdiccional. Estudio del Consejo General del Poder Judicial, elevado al Pleno el 17/01/07, pág.38.

una prestación de servicios transnacional", Revista de derecho social, Nº 45/2009, págs. 105-132

CREMERS, J., "Free movement of services and equal treatment of workers: the case of construction", Transfer n. 2/2006, págs. 172 y ss.

FERNÁNDEZ URRUTIA, A. B., "Un intento de freno a la siniestralidad y la precariedad laboral en las obras de construcción", Documentación Laboral n. 80/2007, págs. 51-128.

GARDEÑES SANTIAGO, M.; VILÁ COSTA B., "La aplicación de la regla de reconocimiento mutuo y su incidencia en el comercio de mercancías y servicios en el ámbito comunitario e internacional", Eurolex Editorial, Madrid, 1999

GONZÁLEZ ORTEGA S., APARICIO TOVAR, J.: "Comentarios a la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales", Trotta, Madrid, 1996

GONZÁLEZ ORTEGA, S., "Los requisitos legales exigibles a contratistas y subcontratistas para su intervención en los procesos de externalización productiva en el sector de la construcción", en AAVV, MERCADER UGUINA, J.R. (Dir.) "La nueva Ley reguladora de la subcontratación en la construcción", Lex Nova, Valladolid, 2009

HORTAL IBARRA, J.C., "Subcontratación, cesión legal de trabajadores y responsabilidad penal en materia de prevención de riesgos laborales", Tribuna Social n. 175 / 2005

LLOBERA VILA, M., "Evolución normativa de la regulación comunitaria relativa al desplazamiento de trabajadores", en AA.VV., Fotinopoulou Basurko, O. (coord.), El desplazamiento de trabajadores en el marco de la Unión Europea: presente y futuro, Atelier, Barcelona, 2017, págs. 39-66.

LLOBERA VILA, M., "La respuesta europea a las "empresas buzón": Normas y jurisprudencia en el ámbito social, tributario y de transporte", Cuadernos de Derecho Transnacional, n. 10 (2), 2018, págs. 536-566.

LLOBERA VILA, M., El desplazamiento transnacional de trabajadores. Libre prestación de servicios, Constitución económica y principio de proporcionalidad, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

LÓPEZ ESCUDERO, M., "La aplicación del principio del reconocimiento mutuo en el derecho comunitario", GAC. Jurid. Un. Europ. Comp., Madrid, 1993, pág. 139.

LÓPEZ GANDÍA, J.; BLASCO LAHOZ, J., "Curso de prevención de riesgos laborales", Tirant lo Blanch, Valencia, 2019

LÓPEZ GANDÍA, J.; ROMERO RÓDENAS, M.J.; TOSCANI JIMÉNEZ, D., "La prevención de riesgos laborales en el sector de la construcción: legislación, criterios técnicos y jurisprudencia", Bomarzo, Albacete, 2008

MONTOYA MELGAR, A.-PIZÁ GRANADOS, J., "Curso de seguridad y salud en el trabajo", McGraw Hill, Madrid, 1996

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., "Descentralización productiva y libertad de empresa", Revista del Instituto de Estudios Económicos, Madrid, nº 4 /2004, págs. 159-198

SALA FRANCO, T.; ARNAU NAVARRO, F.: "Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales", Tirant lo Blanch, Valencia, 1996,

TOSCANI GIMÉNEZ, D.; ALEGRE NUENO, M., "Reflexiones críticas acerca del nuevo régimen de subcontratación en el sector de la construcción: el Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto", Aranzadi Social n. 15/2007.

EL CONTROL POR PARTE DE LAS EMPRESAS MULTINACIONALES DE SUS CADENAS MUNDIALES DE SUMINISTRO: AVANCES Y DESAFÍOS EN LA PROTECCIÓN DEL TRABAJO DECENTE

MARIA KATIA GARCIA LANDABURU

Profesora de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Abogada. Máster en Derecho Empresarial de la Universidad de Lima y Magíster en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la PUCP. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Integrante del Grupo Internacional de Investigación sobre Comercio Internacional y Trabajo del XXIII Congreso Mundial SIDTSS.

ABSTRACT: This paper analyzes the measures that have been adopted to regulate multinational companies and the ways in which they try to show that their care about controlling its operations, as well as the implementation by the States of origin of new measures that demand their due diligence in the development of their activities. This to contribute to the reflection on the influence that multinational companies have in their global supply chains and how this influence could be used to protect on a better way the labor rights of the workers including in it.

KEYWORDS: Multinational companies. Global supply chains. Corporate duty of care.

Desde el siglo pasado, las empresas multinacionales (en adelante EMN) han ido obteniendo cada vez mayor poder, lo cual no ha sido acompañado por una efectiva regulación y control de sus actividades a nivel global. Si bien han existido intentos de implementar normas internacionales para regularlas, ese esfuerzo aún no ha tenido éxito. Diversas organizaciones internacionales han desarrollado instrumentos con el fin de lograr que las EMN asuman responsablemente los efectos de sus actividades a nivel global, y que desarrollen éstas respetando los derechos humanos (incluyendo en ellos a los derechos laborales). Sin embargo, hasta el momento dichas herramientas no han llegado a tener el nivel de eficacia deseado.

En los últimos años vienen surgiendo nuevos instrumentos que buscan asegurar que las EMN, además de ejercer el control operativo y económico de sus cadenas de suministro,[1] asuman un control de las actividades de sus proveedores,

1 La Organización Internacional del Trabajo (OIT) entiende por cadena mundial de suministro a "toda organización transfronteriza de las actividades necesarias para producir bienes o servicios y llevarlos hasta los consumidores, sirviéndose de distintos insumos en las diversas fases de desarrollo, producción y entrega o prestación de dichos bienes y servicios. Esta definición incluye las operaciones de inversión extranjera directa (IED) efectuadas por las empresas multinacionales, tanto en filiales que les pertenecen en su totalidad como en empresas mixtas en las que la multinacional tiene la responsabilidad directa de la relación de trabajo. También incluye el modelo cada vez más predominante de abastecimiento internacional, en cuyo marco las obligaciones de las empresas principales se fijan en los acuerdos contractuales (o, a veces, tácitos) que suscriben con los proveedores y con las empresas subcontratadas para el suministro de bienes, insumos y servicios específicos". Este es el alcance que se dará a dicho término en la presente investigación, sin desconocer la existencia de otros términos que también la pueden describir. OIT. El trabajo decente en las cadenas mundiales de suministro. Informe IV, cuarto punto del orden del día 105.ª reunión de

contratistas, y subcontratistas a fin de asegurar el respeto de los derechos de las personas involucradas en dichas actividades, lo cual incluye a los trabajadores de toda la cadena.

En esta investigación se busca identificar esos nuevos instrumentos y medidas, que involucran a las propias empresas multinacionales (en el caso de los Acuerdos Marco Globales suscritos con federaciones sindicales internacionales, por ejemplo) y a los Estados en los que se encuentran ubicadas las sedes de dichas empresas, que han comenzado a implementar disposiciones para exigirles una debida diligencia en el desarrollo de sus actividades. Esto, con el objeto de identificar sus principales características, así como sus fortalezas y debilidades, y con el fin de evaluar en qué medida dichos instrumentos pueden interactuar e incluso complementarse.

1. EL INCREMENTO DEL PODER DE LAS EMPRESAS MULTINACIONALES

Las EMN han ido adquiriendo cada vez mayor relevancia y su poder se ha incrementado ostensiblemente, sobre todo desde las últimas décadas del siglo pasado, por su importancia para la economía mundial, y por el alto impacto que puede tener su accionar, no solo en materia económica sino incluso social y política.

Su surgimiento y desarrollo se debe a diversos factores, que no es del caso detallar. Sin embargo, lo que sí resulta relevante, es señalar el efecto que éstas han tenido a nivel nacional e internacional, convirtiéndose en un actor importante a nivel global.

Si tradicionalmente -y simplificando las cosas para este análisis pues existen otros sujetos relevantes, como las diversas organizaciones de la sociedad civil-, teníamos tres actores importantes: los organismos internacionales, los Estados y las personas (individuos y empresas) ubicadas en el territorio de cada Estado, con roles claramente definidos, el surgimiento de las EMN ha incorporado un cuarto actor, cuyo rol recién se viene definiendo pues inicialmente no tenía asignado ninguno y lo que hacía simplemente era actuar a nivel internacional[2] y con ello generar efectos, que escapaban del control de los Estados.

---

la Conferencia Internacional del Trabajo. 2016, pp. 1-2.

2 Aunque las EMN no solo desarrollaban sus negocios, también obtuvieron su reconocimiento como "inversores" en el derecho internacional, mediante el cual accedieron frente a los Estados destinatarios de sus inversiones, de tratados para proteger las mismas y solucionar a nivel interna-

Los tres primeros actores coexistían en distintos niveles y con distintas atribuciones.

En el ámbito internacional, los organismos internacionales, de naturaleza pública y que agrupan a los Estados (salvo excepciones como la OIT, que en su conformación tripartita incluye a organizaciones de trabajadores y de empresarios), a nivel global o regional, comprometen a los mismos en el cumplimiento de instrumentos internacionales que los Estados parte previamente han discutido, negociado y aprobado.

En el ámbito nacional, tenemos a los otros dos actores mencionados inicialmente, los Estados, de naturaleza pública, y los individuos y empresas que residen o desarrollan actividades dentro del territorio de dichos Estados, sometidos a su jurisdicción. En ese nivel, los Estados dictan las normas a las cuales se encuentran sometidas las personas y empresas ubicadas en su territorio, sujetas al control de su cumplimiento y a la imposición de sanciones administrativas y penales en caso de incumplimiento.

Es preciso advertir, aunque ya es por todos conocido, que el nivel de desarrollo económico e institucional en cada país es distinto. En consecuencia, el nivel del cumplimiento de las obligaciones impuestas por el Estado y el de la legislación en general, así como el de respeto de los derechos humanos, también varía. En muchos casos, las diferencias sociales y económicas son grandes, y buena parte de la población es pobre o tiene ingresos muy bajos. Esto no ha sido originado por las EMN, obedece a problemas estructurales de larga data que aún no han podido ser resueltos.

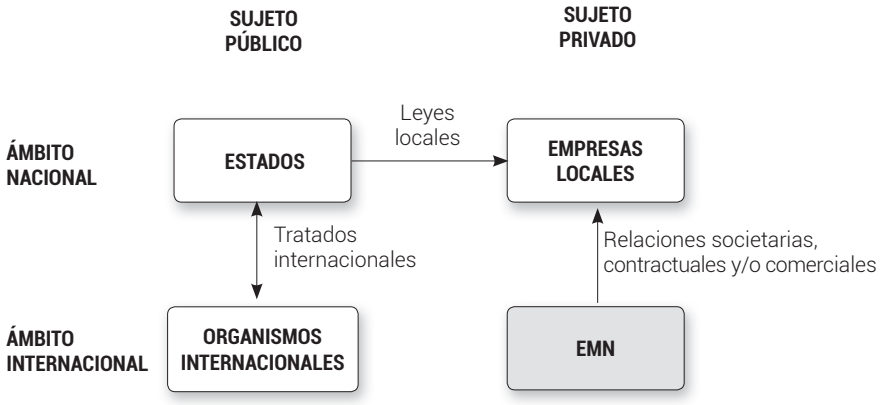
Sin embargo, el desarrollo y crecimiento de las EMN y su expansión a nivel mundial, debido a diversos factores económicos, tecnológicos, productivos, y al abaratamiento de los costos de transporte y logística, ha hecho posible que estas empresas puedan fraccionar sus actividades en distintos territorios sin que las mismas necesariamente estén vinculadas a sus diversos mercados, lo cual influye y puede afectar a los Estados de destino de sus operaciones y a las personas que habitan en ellos.

---

cional los litigios que pudieran producirse.
Daugareilh, Isabelle. "Responsabilidad social de las empresas transnacionales: Análisis crítico y prospectiva jurídica". Cuadernos de Relaciones Laborales. Vol. 27, núm. 1, 2009, p. 87.

Las EMN pueden elegir los lugares "a la carta", en función a aspectos que les resultan atractivos, como una menor carga tributaria, facilidades e incentivos para las inversiones extranjeras y otras ventajas competitivas para ellas, como un menor costo laboral o incluso niveles más laxos de exigencia del cumplimiento de normas. No solo pueden elegir dónde realizar operaciones, sino también cuándo hacerlo o dejar de hacerlo, lo que puede constituir en algunos casos una amenaza para la estabilidad de un país.

Los Estados no estaban preparados para ese cuarto actor, distinto a las empresas locales o extranjeras constituidas en su territorio. Un sujeto internacional pero privado, sin fronteras, que utilizando el velo societario podía limitar su responsabilidad aún en caso de una inversión extranjera directa (salvo si realiza sus actividades a través de una sucursal), y que, además, tiene capacidad de realizar operaciones a través de diversas figuras contractuales y comerciales, sin necesidad siquiera de contar con una subsidiaria en el Estado de destino de sus actividades, quedando la matriz liberada de obligaciones ante ese Estado, pese al efecto que podían tener en el mismo sus decisiones de negocio. La situación puede apreciarse mejor en el siguiente gráfico:



Esta situación ha generado un "déficit de gobernanza" tanto a nivel local como internacional, aunque eso es más notorio en el primer caso. Los Estados tienen dificultades para regular a un sujeto tan dúctil, a una empresa "líquida" utilizando la famosa expresión de Bauman, que puede escaparse con facilidad de su regulación y control al no estar limitada por fronteras como lo están

los Estados, los que incluso pueden llegar a competir "hacia la baja" con el objeto de atraer esas inversiones a su territorio. Ahora bien, esto visto desde la perspectiva de los Estados de destino de las inversiones y operaciones de las EMN pues desde la perspectiva de los Estados de origen de estas, siempre ha existido la posibilidad de regular a la sede de las EMN que se encuentran en su territorio. Lo que ocurre es que dichos Estados no han ejercido ampliamente esa facultad, su regulación tradicionalmente se ha dirigido a la persona jurídica domiciliada en su territorio, sin considerar las actividades que la misma pudiera dirigir, gestionar o controlar en el exterior. Esto viene cambiando en los últimos años, algunos Estados de origen han comenzado a implementar disposiciones que determinan la aplicación de una especie de jurisdicción "extraterritorial",[3] como se verá más adelante.

No es cuestión de desmerecer el aspecto positivo que han tenido las EMN en la creación de empleo, sin embargo, no se puede desconocer que el tipo de empleo promovido normalmente no ha sido el mejor, el cual además se encuentra sujeto a las presiones del mercado en el cual opera la EMN, que traslada esa presión a sus proveedores y contratistas, que luego lo hacen sobre los otros eslabones de la cadena. Así por ejemplo, las demandas de precios reducidos pueden ejercer presión a la baja de los salarios y condiciones inseguras en las instalaciones; los plazos de entrega ajustados o cambios de última hora pueden ocasionar horas de trabajo excesivas; los volúmenes inestables de pedidos pueden incentivar relaciones laborales no tradicionales, como contratos a plazo fijo y el uso de subcontratistas,[4] aún sin autorización de la EMN, con el riesgo de extender la cadena de suministro a fábricas clandestinas, a trabajo a domicilio e incluso a trabajo infantil. Estas son situaciones que deberían ser fiscalizadas por cada Estado en el cual se realizan esas actividades, pero el déficit de control es evidente. Muchos Estados no cuentan con recursos suficientes para cumplir eficientemente esas funciones. Otros, carecen de capacidad técnica para hacerlo,

3 La legislación sobre diligencia debida en materia de derechos humanos tiene efectos extraterritoriales, dado que la empresa debe adoptar medidas en relación con su cadena de suministro en otros Estados.
OIT. La consecución del trabajo decente en las cadenas mundiales de suministro. Informe para el debate en la Reunión técnica sobre la consecución del trabajo decente en las cadenas mundiales de suministro (Ginebra, 25 a 28 de febrero de 2020). Ginebra, Departamento de Gobernanza y Tripartismo, 2020, p. 38.

4 Blasi, Jeremy y Bair, Jennifer. An analysis of multiparty bargaining models for global supply chains. OIT, Conditions of work and employment series No. 105, 2019, p. 4.

y en otros, el problema es demasiado extendido (aquellos en los que predomina el trabajo informal).

El desfase entre la actuación de las EMN y los entes con capacidad de regularlas, tanto a nivel nacional como internacional es innegable. Estos últimos, que en principio podrían tener mayor éxito en esa tarea debido a su alcance internacional, aún no lo han hecho. Aunque se está discutiendo un proyecto de instrumento vinculante sobre las EMN, 5 no es posible determinar si concluirá exitosamente, y contará con la necesaria adhesión de los países más desarrollados, que se han mostrado poco dispuestos a llegar a un acuerdo de ese tipo.

Mientras eso no ocurra, lo que queda es analizar cómo complementar o mejorar los instrumentos ya existentes, para hacerlos más útiles y efectivos. Para eso, me parece necesario partir de una premisa básica, de la posibilidad que tienen las EMN, a pesar de su naturaleza privada, de imponer estándares de comportamiento en materia laboral con capacidad "de extenderse a todos los espacios en que se desarrollen tareas vinculadas con sus procesos globales de producción, sin importar el territorio en el que se sitúen o la relación jurídica que mantengan con quienes los llevan a cabo".[6]

2. LOS INTENTOS DE REGULACIÓN Y CONTROL DE LAS EMPRESAS MULTINACIONALES

Conforme las EMN comenzaron a expandirse y adquirir mayor importancia, fue aumentando la preocupación por los efectos que podía tener su actuación a nivel global. Ante eso, desde la década de los setenta del siglo pasado, comenzaron a surgir iniciativas por parte de organizaciones internacionales, para procurar que mantuvieran un comportamiento adecuado y no vulneraran derechos humanos en las poblaciones en las que desarrollaban directa o indi-

5 Por iniciativa de Ecuador y Sudáfrica, en junio de 2014 el Consejo de Derechos Humanos de la ONU aprobó la resolución 26/9 para elaborar un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos, estableciéndose un grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta. El grupo ha tenido seis períodos de sesiones (la última, fue en octubre de 2020) y cuenta ya con un proyecto de instrumento jurídicamente vinculante sobre las actividades empresariales y los derechos humanos. Puede revisarse información del grupo en: https://www.ohchr.org/SP/HRBodies/HRC/WGTransCorp/Pages/IGWGOnTNC.aspx

6 Sanguineti Raymond, Wilfredo. "Los instrumentos de gestión laboral transnacional de las empresas multinacionales: una realidad poliédrica aún en construcción". La transnacionalización de las relaciones laborales. Experiencias de gestión en las empresas multinacionales españolas. 2015, p. 27.

rectamente sus actividades. Casi en paralelo, las EMN y de otras organizaciones preocupadas por las consecuencias de su accionar, comenzaron a implementar diversas medidas que estas empresas comenzaron a aplicar como parte de las políticas de Responsabilidad Social Empresarial. Se va a hacer referencia a algunas de ellas, para describir su alcance, pero también sus limitaciones, que muestran por qué aún se sigue buscando un instrumento de carácter vinculante que regule la conducta de las EMN en el desarrollo de sus actividades.

2.1. Algunas medidas implementadas por organizaciones internacionales

Existen diversos instrumentos y medidas establecidas por organizaciones internacionales dentro de su ámbito, que, sin ser vinculantes, buscan que las EMN desarrollen responsablemente sus operaciones, respetando ciertos principios y derechos de las personas que se encuentran dentro de la esfera de influencia de sus actividades. A continuación, voy a mencionar dos de las más conocidas y difundidas, implementadas por la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) y la OIT. Ello sin desconocer que existen otras políticas y procedimientos implementados por diversas organizaciones internacionales en el ámbito de su competencia.

Si bien el alcance y contenido de las medidas implementadas por la OCDE y la OIT es distinto, resulta importante advertir que se han ido "retroalimentando" y acogiendo los nuevos instrumentos que se iban creando a nivel internacional, conforme se actualizaban sus versiones.

Así, por ejemplo, las Directrices de la OCDE recogen la Declaración de la OIT de 1998, que busca que todos los Estados miembro respeten, promuevan y hagan realidad los principios relativos a los siguientes derechos fundamentales: la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva; la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; la abolición efectiva del trabajo infantil; y, la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.7 Queda claro el reco-

7 Con posterioridad a dicha Declaración, en 1999, la OIT lanzó la noción de trabajo decente, que añadió derechos adicionales "igualmente imprescindibles para que el trabajo sea prestado en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad, como corresponde a las personas, coincidentes en lo fundamental con los derechos a un ingreso suficiente y digno, a la limitación del tiempo de trabajo y a una protección adecuada en materia de seguridad y salud en el trabajo".
Sanguineti Raymond, Wilfredo. "Las cadenas mundiales de producción y la construcción de un derecho del trabajo sin fronteras". El futuro del trabajo: cien años de la OIT. XXIX Congreso

nocimiento de la OCDE de que es la OIT el órgano competente para establecer las normas laborales internacionales del trabajo.

La Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social de la OIT, en su versión más reciente, considera también los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos, instrumento no vinculante aprobado el 2011 por el Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), al que se hará referencia más adelante.

Existe otra iniciativa, impulsada por la ONU, el Pacto Mundial o *Global Compact*, lanzada el 2000 con el objeto de que las empresas adopten, apoyen y promulguen dentro de su esfera de influencia diez principios en cuatro áreas temáticas: derechos humanos, trabajo (relacionados con los contenidos en la Declaración de la OIT de 1998), medioambiente y lucha contra la corrupción. Busca que las empresas desarrollen sus estrategias y operaciones considerando estos principios, y que promuevan iniciativas de la ONU tales como los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la Agenda 2030, adoptados el 2015.

Las empresas interesadas pueden expresar su apoyo al pacto y a sus principios, y manifestar su voluntad de promover estos (para lo cual deben presentar anualmente una Comunicación sobre el Progreso describiendo las acciones realizadas con ese fin). A partir del 2018 se exige una contribución anual a las empresas que facturan 25 millones de dólares norteamericanos o más anualmente, si desean calificar como *Participant (como Signatory* el aporte se debe realizar a partir de una facturación de 50 millones). Esto a mi parecer, más allá de permitir el financiamiento de las actividades del pacto, desvirtúa la imagen de esta iniciativa, que aún desde antes de esa exigencia ya recibía críticas sobre su uso publicitario por parte de las EMN.

A. Las Líneas Directrices para las empresas multinacionales

Adoptadas en 1976, han tenido cinco revisiones posteriores, la última de las cuales fue realizada el 2011. Son recomendaciones dirigidas conjuntamente por los gobiernos a las EMN que ejercen actividades en o desde sus territorios (lo que las dota de una universalidad relativa),[8] en materia de derechos humanos; empleo y relaciones laborales; medio ambiente, lucha contra la corrupción, pe-

Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. 2019, p. 41.

8 Daugareilh, Isabelle. "Responsabilidad social de las empresas transnacionales …", cit., p. 85.

ticiones de soborno y otras formas de extorsión; intereses de los consumidores; ciencia y tecnología; competencia; y, cuestiones tributarias, ámbitos en los que puede repercutir la actuación de las EMN. Busca que los gobiernos que las han suscrito promuevan y fomenten su uso estableciendo Puntos Nacionales de Contacto (PNC) que además de promoverlas, actúen como foro de discusión en caso de que se produzcan problemas en su aplicación.

Ante esos problemas, el PNC puede ofrecer sus buenos oficios para que las partes involucradas los resuelvan en trato directo, si ellas requieren asesoramiento o apoyo.

Si bien las directrices han sido utilizadas en más de trescientos cuarenta casos -más de la mitad de los cuales están vinculados a empleo y relaciones laborales-,[9] los resultados dependen mucho del nivel de compromiso del PNC y de la EMN involucrada. Basta que la EMN no esté de acuerdo en participar o no tenga mucho interés en dialogar para que el problema no llegue a solucionarse por esa vía.

Ademas, el 2018 la OCDE aprobó una "Guía de Debida Diligencia para una Conducta Empresarial Responsable" con el fin de brindar apoyo práctico a las empresas en la implementación de las Líneas Directrices, a través de la explicación de sus recomendaciones en materia de debida diligencia. Esta guía busca también promover un consenso sobre la debida diligencia para una conducta empresarial responsable, y contribuir a que las empresas implementen las recomendaciones en materia de debida diligencia recogidas en los Principios Rectores de la ONU y la Declaración sobre las EMN de la OIT, aplicándolas también en sus cadenas de suministro.

B. La declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social

Adoptada en 1977 por el Consejo de Administración de la OIT con carácter universal, ha sido enmendada tres veces. La última vez que eso ocurrió fue el 2017, en que se realizaron cambios sustanciales debido al aumento de la inversión y el comercio internacionales, así como al crecimiento de las cadenas mundiales de suministro, incluyéndose las nuevas normas del trabajo adoptadas por la Conferencia Internacional del Trabajo, la Agenda 2030 de Desarrollo Sostenible

9 Se pueden revisar información de los casos en: https://mneguidelines.oecd.org/database/

y los Principios Rectores sobre empresas y derechos humanos aprobados por la ONU. Sobre estos últimos, el literal d) del párrafo 10 de la Declaración señala que las empresas, incluidas las EMN, deberían proceder con la debida diligencia para detectar, prevenir y mitigar sus consecuencias negativas reales o potenciales sobre los derechos humanos reconocidos internacionalmente, que abarcan, como mínimo, los derechos enunciados en la Carta Internacional de Derechos Humanos y los principios relativos a los derechos fundamentales establecidos en la Declaración de la OIT de 1998, y rendir cuentas de cómo abordan dichas consecuencias. Esta disposición consagra un principio de responsabilidad basada sobre la influencia (*leverage*) de la empresa derivada de los Principios Rectores.[10]

La declaración está dirigida a los gobiernos, a las organizaciones de empleadores y de trabajadores de los países de acogida y de origen[11], y a las EMN, y su aplicación es voluntaria. Contempla principios en materia de empleo, formación, condiciones de trabajo y de vida, y relaciones de trabajo, basadas en las normas internacionales del trabajo. Como puede apreciarse, se centra en temas laborales, que constituyen el ámbito de actuación de la OIT.

Contiene algunas herramientas prácticas como un mecanismo de seguimiento regional, la designación de puntos focales nacionales sobre una base tripartita (la cual no ha tenido el éxito de los PNC de las Directrices de la OCDE, probablemente por falta de participación de las EMN e incluso de las ONG),[12] el diálogo entre las empresas y los sindicatos, y el procedimiento de interpretación de los principios de la Declaración sobre las EMN realizado por el Consejo de Administración en caso de conflictos relativos a su aplicación.

2.2. La "auto regulación" de las empresas multinacionales como parte de sus políticas de Responsabilidad Social Empresarial

Como ya se indicó previamente, ante la preocupación de organismos internacionales, Estados y organizaciones de la sociedad civil nacionales e internacionales por la actuación de las EMN y los efectos que éstas podían tener en diversas materias (como los derechos humanos), las propias empresas comenza-

10 Servais, Jean-Michel. "Las empresas multinacionales y la OIT: ¿Hacia una mayor eficiencia?". Revista Jurídica del Trabajo No. 2, mayo-agosto 2020, p. 9.

11 Se dirige especialmente a los países donde la EMN tiene su sede pues probablemente tienen más capacidad para influir en ellas que los países receptores de sus actividades.
Daugareilh, Isabelle. "Responsabilidad social de las empresas transnacionales …", cit., p. 85.

12 Servais, Jean-Michel. Op.Cit., p. 13.

ron a tratar de acreditar que podían ser socialmente responsables, cuidando de demostrar que tenían una conducta respetuosa y que también verificaban que la tuvieran sus proveedores y contratistas.

Es preciso advertir que otro factor también influyó poderosamente en esa conducta: la creciente preocupación de las EMN por la protección de su marca y reputación frente a sus consumidores, sobre todo de los ubicados en los países más desarrollados en los que comercializan sus productos. Debe tenerse en cuenta que además de la globalización económica, la globalización informativa permite que la afectación de los derechos humanos en países lejanos pueda ser conocida rápidamente a nivel mundial, y que diversas organizaciones de consumidores o de derechos humanos, propongan boicots o campañas en contra de las EMN involucradas en esos hechos. Es claro que el nivel de preocupación de las empresas por esas medidas está muy vinculada al sector en el que desarrollan sus actividades, al tipo de consumidor ante el cual comercializa sus marcas, y a la fuerza y nivel de difusión que pueden alcanzar esas campañas

En las últimas décadas, han surgido diversos instrumentos fijados unilateralmente por las empresas, individual o colectivamente, o creados por diversas organizaciones, de menor o mayor alcance y efectividad, que han sido acogidos por las EMN. A continuación, mencionaré algunos de los más conocidos, los códigos de conducta y las certificaciones, así como un instrumento adicional, que si bien tiene un origen unilateral (en la medida en que ninguna empresa está obligada a firmarlo), implica la participación al menos de otro sujeto, la federación sindical internacional del sector en el cual desarrolla actividades la empresa: los acuerdos marco globales. Esto sin desconocer la existencia de muchos otros mecanismos, que tratan de establecer estándares, procedimientos y conductas especificas en procura de que las EMN respeten obligaciones mínimas en todos los lugares en los que realizan actividades directa o indirectamente.

A. Códigos de conducta y otras medidas unilaterales

Los códigos de conducta son uno de los instrumentos más utilizados por las EMN para fijar y hacer pública, frente a la sociedad y a los consumidores, una "declaración de principios" en materia de derechos humanos y otros temas, con una extensión diversa: sus funcionarios y sus trabajadores, sus filiales, sus proveedores, sus contratistas e incluso sus cadenas de suministro, en función al alcance que haya decidido darle la propia empresa. Esa decisión unilateral se

extiende también a los derechos que se declara respetar, lo que genera el riesgo de una instrumentalización y una mercantilización del derecho, del desarrollo de la práctica del "*pick and choose*" normativo.[13]

El nivel de compromiso de la EMN puede evaluarse preliminarmente con una revisión, no tanto de los principios y derechos que la empresa se compromete a respetar (o a hacer respetar), sino de otros aspectos, como los procedimientos e instancias para atender quejas en el caso de códigos aplicables a filiales de la EMN, y en el caso de códigos aplicables a contratistas y proveedores o a toda la cadena de suministro, el grado de compromiso de la empresa que emite el documento. Así, podría distinguirse en este último supuesto, como propone Sanguineti, entre instrumentos de intensidad reguladora débil, media o fuerte. Los primeros solo recomiendan la adecuación a sus reglas; los segundos complementan eso con medidas positivas para que se respete el código, considerando dicha adhesión como un factor relevante para iniciar o mantener la relación comercial; y los terceros, dotan al instrumento de una fuerza vinculante mediata al condicionar el establecimiento o subsistencia de la relación a su acatamiento.[14]

Estos documentos pueden ser complementados, dependiendo del interés de la EMN o de la presión que existe en el sector en el que desarrollan sus actividades, con auditorías realizadas por la propia empresa o por otras empresas privadas, especializadas en ese tipo de actividades, a las que la EMN contrata para que realicen el proceso y le informen directamente los resultados. Estas auditorías las puede realizar la EMN a su sola discreción, sin necesidad de haber hecho público un código de conducta, aunque normalmente están vinculadas a ese instrumento, y a los derechos que declara respetar y proteger la empresa.

Generalmente estas auditorías se realizan en las fábricas de los proveedores y contratistas de la EMN, con los que ésta guarda una relación comercial, no societaria (no se trata de sus subsidiarias), y pueden dar lugar a la imposición de algún tipo de sanción o exigencia de implementación de medidas correctivas en caso de detectarse incumplimientos, o incluso a la conclusión de la relación contractual. Sin embargo, la efectividad de estas auditorías puede resultar limitada pues finalmente se trata de visitas específicas, que impiden apreciar la situación

13 Daugareilh, Isabelle. "Responsabilidad social de las empresas transnacionales …", cit., pp. 92-93.

14 Sanguineti Raymond, Wilfredo. "Códigos de conducta para proveedores y contratistas de empresas multinacionales españolas". La dimensión laboral de la internacionalización de la empresa española. Una visión de conjunto de los instrumentos de gestión laboral transnacional de las multinacionales españolas. 2014, pp. 207-2010.

diaria de las operaciones de la empresa, las presiones a las que se pueda estar sometiendo a los trabajadores e incluso temas muy importantes vinculados a la seguridad y salud en el trabajo, que comprenden la infraestructura en la que se desarrollan las operaciones.

Similares limitaciones tienen las certificaciones,[15] que también implican las visitas a las fábricas, y que se han desarrollado sobre todo en algunos sectores, como el de confección de prendas de vestir, para que los proveedores puedan acreditar ante las EMN que cumplen con sus obligaciones, y estas a su vez puedan mostrar ante sus clientes que ha sido cuidadosa al contratar la fabricación de los productos que llevan su marca.

B. Acuerdos marco globales

Este instrumento, elaborado por la dirección central de la EMN con la participación de al menos la federación internacional del sector en el cual la EMN desarrolla sus actividades (pudiendo incluir otros firmantes como la federación sindical del país en el que se encuentra la sede de la multinacional o el Comité de Empresa Europeo en caso de empresas con sede en ese continente), como contraparte, representa un nuevo nivel de actuación de estas empresas.

A diferencia de los códigos de conductas y otras medidas unilaterales, que pueden ser aplicadas a la sola decisión de la EMN (que elige cuál aplicar y el nivel de intensidad que le da a su compromiso), el acuerdo marco global implica la intervención de otro sujeto en su negociación, implementación, ejecución y control de cumplimiento. Esa contraparte, que representa a los trabajadores, está interesada en que se respeten los derechos laborales fundamentales, y puede tener una mayor capacidad para conocer la situación de las relaciones laborales en las fábricas (en la medida que existan organizaciones sindicales a nivel local)

15 Por ejemplo, menos de un año antes del colapso del complejo fabril Rana Plaza (Bangladesh), en el que murieron 1 138 personas en abril de 2013, la empresa certificadora alemana TÜV Rheinland AG a través de su subsidiaria TÜV. Rheinland India Pvt había inspeccionado las instalaciones de producción de Phantom Apparel Ltd. como parte de una auditoría social solicitada por un miembro de la Iniciativa de Cumplimiento Social Empresarial BSCI, indicando en su informe que la calidad de construcción del edificio era buena. El Centro Europeo de Derechos Constitucionales y Humanos (ECCHR) y otras organizaciones, así como sobrevivientes de esa tragedia pidieron al PNC alemán que evaluara el incumplimiento por parte de la empresa de las Directrices de la OCDE. Las partes entablaron diálogo, pero no llegaron a un acuerdo, por lo que el caso concluyó el 2018.
https://www.oecdwatch.org/complaint/ecchr-et-al-vs-tuv-rheinland-ag/

así como incidir en la verificación del respeto del derecho de sindicación, que es la base para que se pueda exigir el cumplimiento de otros derechos.

Su extensión puede ser horizontal, abarcar al grupo de empresas que conforman la multinacional, o vertical, comprendiendo a la cadena de suministro de la EMN. En ambos casos se produce una "asimetría" entre quienes firman el acuerdo y a quienes les resulta aplicable.

Por el lado de la EMN, como cada una de las empresas que la conforman tiene una personalidad jurídica distinta e independiente, en estricto, la empresa que ejerce la dirección central carece de representatividad, aunque es claro que puede ejercer suficiente influencia para que el acuerdo sea cumplido, en su condición de sociedad dominante o de titular de la propiedad.[16] Lo mismo ocurre con las otras empresas, que forman parte de la cadena de suministro de la EMN, a las que esta puede imponer el cumplimiento del acuerdo a nivel contractual o comercial.

Por el lado de los trabajadores, si bien las federaciones sindicales internacionales tienen la dimensión internacional necesaria para actuar de contraparte frente a las EMN, carecen de facultades específicas para celebrar ese tipo de acuerdos. Los Comités de Empresa Europeos tampoco cuentan con esas facultades, y menos para hacerlo a nivel global, aunque representan a los trabajadores de la EMN con sede en Europa. La participación del sindicato nacional puede reducir la asimetría, pero el efecto de su intervención va a depender de lo que disponga la legislación nacional.

Su efectividad depende del interés de la EMN y del nivel de actuación que permita a la organización sindical. Cuanto mayor sea el nivel de implicación de esta, más posibilidades existen de que el acuerdo sea efectivo y permita contribuir a solucionar problemas que pudieran afectar a los trabajadores.

Un ejemplo de hasta dónde puede llegar una colaboración de ese tipo entre EMN y organización sindical es el caso de Inditex, empresa de origen español propietaria entre otras de la marca *Zara*, que además de suscribir un acuerdo marco global ha desarrollado junto con la organización sindical diversos instrumentos y procedimientos para tratar de realizar un control más efectivo

16 Sanguineti Raymond, Wilfredo. "La tutela de los derechos fundamentales del trabajo en las cadenas de producción de las empresas multinacionales". Derecho del Trabajo. Tendencias Contemporáneas. 2013, p. 340.

de la cadena de suministro de la empresa, considerando la participación de dichas organizaciones a nivel global, regional y local, en el desarrollo de diversas actividades, en coordinación con los *clusters* regionales que tiene la empresa en diversas partes del mundo.

2.3. El difícil control de las cadenas de suministro globales

Las cadenas de suministro no son iguales, varían en función al sector, al país de origen de la EMN y a las estrategias de negocio que ella establezca. La forma tradicional de distinguirlas es en cadenas de productores y de compradores, una clasificación propuesta por Gereffi[17] en función al sujeto al cual se dirigen: el fabricante, el cual juega un rol central en la coordinación debido al tipo de bienes que se producen, de mayor valor final y que requieren para su elaboración de mayor tecnología o maquinaria pesada; y, el comprador, que cuenta con redes de producción descentralizadas y más complejas a nivel global, que se encargan de producir bienes como prendas de vestir y ropa deportiva, para lo cual no requiere tener fábricas propias pudiendo encomendar la producción de los bienes a terceros con los que solo tiene relaciones comerciales.

Desde una perspectiva social, también podrían distinguirse las cadenas de suministro en función a su nivel de uso de mano de obra, al valor añadido por cada eslabón, y al nivel de calificación del personal requerido pues esto probablemente lleve a que los trabajadores tengan un nivel de ingresos y condiciones de trabajo distintas.

Tal como advierte la OIT, no todo el trabajo en la producción para cadenas mundiales de suministro adolece de graves déficits de trabajo decente, por lo que habría que evitar las generalizaciones.[18] Sin embargo, me parece que cuanto más intensivo sea su uso de mano de obra, cuanto menor valor añadido le aporte dicho trabajo (en función al valor final del producto, no a su contribución en tiempo y esfuerzo a la materialización del bien), y cuanto menor sea la calificación de los trabajadores, probablemente más deficiencias y riesgos puedan presentarse en relación con el respeto de los derechos laborales fundamentales. Por ese motivo, sectores como el de confección de prendas de vestir y el de equipo e indumentaria deportiva, son implicados con cierta

17 Gereffi, Gary. "Las cadenas productivas como marco analítico para la globalización", Problemas del Desarrollo, volumen 32, número 12, abril-junio 2001, pp. 15-16.

18 OIT. La consecución del trabajo decente en las cadenas mundiales de suministro …., cit., p. 11.

frecuencia en escándalos internacionales sobre trabajo en situaciones de semi esclavitud, trabajo de menores y otras situaciones que afectan los derechos de los trabajadores involucrados.

Tal como indica la OIT, las deficiencias en todos los niveles de estas cadenas mundiales (que son complejas, diversas y fragmentadas), han contribuido a los déficits de trabajo decente. Ademas, su expansión ha exacerbado los déficits de gobernanza de algunos gobiernos, cuya capacidad y recursos para vigilar y hacer cumplir efectivamente la legislación eran limitados.[19]

Si bien su crecimiento se ha ralentizado con respecto al período de expansión experimentado entre el 2000 y 2010 en las que su participación creció a tasas de dos dígitos (en años posteriores su crecimiento promedio en economías desarrolladas fue del uno por ciento),[20] el efecto de sus actividades a nivel global sigue siendo muy significativa. Y esto ha podido apreciarse con un alcance mayor al habitual con la expansión del COVID-19, que provocó la adopción en muchos países de cuarentenas y cierre o limitación de actividades económicas, y que determinó que muchas de estas empresas no solo dejaran de hacer nuevos pedidos o los disminuyeran abruptamente a fin de responder ante la caída de sus ventas, sino que incluso anularan producciones en curso o pendientes de ser entregadas, o dejaran de cumplir con el pago de compras ya realizadas y que estaban a punto de ser embarcadas, en camino, o que ya se encontraban en sus locales o almacenes.[21]

3. LA EXIGENCIA DE DEBIDA DILIGENCIA Y LA IMPLEMENTACIÓN DE NUEVOS INSTRUMENTOS POR PARTE DE LOS ESTADOS

Con la elaboración de los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos de la ONU se han definido parámetros para las relaciones entre los Estados y las empresas, que se basan en tres pilares: proteger, respetar y remediar.

19 OIT. Conclusiones relativas al trabajo decente en las cadenas mundiales de suministro, Conferencia Internacional del Trabajo, 105ª reunión, junio 2016, párrafo 6.

20 OIT. La consecución del trabajo decente en las cadenas mundiales de suministro ..., cit., p. 8.

21 Para tener una idea de lo que ocurrió en el sector textil puede revisarse el siguiente trabajo: Anner, Mark. Abandoned? The Impact of Covid-19 on Workers and Businesses at the Bottom of Global Garment Supply Chains. Center for Global Workers' Rights (CGWR) at Pennsylvania State University, March 27, 2020. https://www.workersrights.org/wp-content/uploads/2020/03/Abandoned-Penn-State-WRC-Report-March-27-2020.pdf

Corresponde al Estado respetar, proteger y prevenir a los ciudadanos frente a los abusos contra los derechos humanos y a las empresas cumplir todas las leyes aplicables y respetar los derechos humanos. Además, es necesario que los derechos y obligaciones vayan acompañados de recursos en caso de incumplimiento, para ayudar a las víctimas a conseguir la reparación.

El deber de protección del Estado es una norma de conducta, no lo responsabiliza por las violaciones de derechos humanos que pudieran cometer sujetos privados (aunque eso podría implicar incumplimiento de obligaciones del Estado según el derecho internacional). Sin embargo, uno de los principios calificados como fundacionales, es que los Estados deben enunciar claramente que se espera que todas las empresas domiciliadas en su territorio y/o jurisdicción respeten los derechos humanos en todas sus actividades. Es decir, que manifiesten la preocupación que existe por hechos que puedan producirse fuera de su territorio o jurisdicción como consecuencia de las actividades de empresas que sí domicilian en él y que pueden afectar la reputación del Estado.

El Principio Rector 17 establece que las empresas deben proceder con la debida diligencia en materia de derechos humanos, con el fin de identificar, prevenir, mitigar y responder de las consecuencias negativas de sus actividades sobre estos. Es un proceso continuo ya que los riesgos pueden cambiar con el tiempo según la evolución de las operaciones, que la empresa debe efectuar teniendo en cuenta sus circunstancias particulares (tamaño, riesgos, naturaleza y contexto de las operaciones), y debe abarcar "las consecuencias negativas sobre los derechos humanos que la empresa haya provocado o contribuido a provocar a través de sus propias actividades, o que guarden relación directa con sus operaciones, productos o servicios prestados por sus relaciones comerciales". Es decir, las actividades que realicen sus contratistas o proveedores o los siguientes eslabones de sus cadenas de suministro, por ejemplo, la subcontratación por parte del proveedor de bordados para las prendas de vestir comercializadas por una empresa, en contra de sus obligaciones contractuales, a hogares en los que son niños los que realizan el trabajo.[22]

La debida diligencia en materia de derechos humanos implica entonces evaluar el impacto que tienen las actividades sobre estos, identificando los riesgos y actuando al respecto, enfrentando las consecuencias negativas.

22 ONU. La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos. Guía para la interpretación. 2012, p. 21.

Algunos Estados han comenzado a implementar procedimientos para que las empresas presenten información de sus operaciones a nivel mundial e indiquen qué medidas están adoptando frente a los riesgos identificados (sobre todo en la oportunidad en que corresponde a la empresa presentar sus informes financieros). Otros Estados han visto por conveniente promulgar leyes mediante las cuales exigen a ciertas empresas ubicadas en su territorio, que apliquen la diligencia debida en materia de derechos humanos, con un alcance amplio o restringiéndose a ciertos derechos específicamente.

Son medidas que exigen establecer procesos a fin de determinar las posibles consecuencias negativas para los derechos humanos y, en algunos casos, garantizar el acceso a mecanismos de reparación, sin tener la obligación de obtener resultados específicos en materia de derechos humanos o adoptar medidas positivas para eso.[23] Es decir, se trata de obligaciones de medios y no de resultados, por lo cual no se incurre en responsabilidad si se actúa con la diligencia debida.

Respecto a la primera acción, la exigencia de presentar informes periódicos, uno de los casos más conocidos e importantes, por el efecto que tiene en una buena cantidad de Estados, es el de la Unión Europea, con la Directiva 2014/95/UE sobre divulgación de información no financiera e información sobre diversidad por parte de grandes empresas y grupos con más de quinientos trabajadores, por la cual se debe proporcionar a inversores y otras partes interesadas información más completa de la evolución, resultados y situación, y del impacto de su actividad.

Las empresas deben divulgar en su informe anual (aunque algunos países permiten que sea en un informe separado) del 2017 en adelante, utilizando directrices nacionales, europeas o internacionales, como el Pacto Mundial, información sobre su modelo de negocio, políticas, los principales riesgos y los indicadores clave de resultados, con información relativa a cuestiones medioambientales, aspectos sociales y relativos al personal, el respeto de los derechos humanos y la lucha contra la corrupción y el soborno (además de su política de diversidad del consejo de administración). En caso de no tener una política relativa a alguno de estos ámbitos, el estado no financiero debe explicar el motivo.

Es una medida de transparencia, pero que no tiene la fuerza de otras disposiciones dictadas por la Unión Europea, como el Reglamento de la Madera

23 OIT. La consecución del trabajo decente en las cadenas mundiales de suministro ..., cit. p. 21.

(EUTR), que prohíbe la entrada al mercado comunitario y la comercialización de madera o productos de madera ilegales e impone sanciones como la incautación, suspensión de la autorización para comercializar y multas. Pese a ello, me parece que resulta un paso adelante frente a la decisión unilateral que tenían las empresas de realizar reportes de ese tipo, aún cuando estos tuvieran un alcance determinado, y las empresas decidieran preparar memorias de sostenibilidad y sujetarlas a la *Global Reporting Iniciative* (GRI), por ejemplo.

Respecto a las leyes que específicamente exigen la debida diligencia, el caso más emblemático es el de la ley francesa de 2017, que fue dictada luego de varios años de discusiones sobre su alcance que incluso generaron un pronunciamiento del Consejo Constitucional (el cual consideró no conforme a la Constitución la multa de 10 millones de euros que podía haberse impuesto a las empresas que no cumpliesen su deber de vigilancia).

Mediante la Ley 2017-399 se modificó el Código de Comercio para exigir que grandes EMN elaboren, publiquen y apliquen de manera efectiva un plan de vigilancia para detectar y prevenir posibles violaciones graves de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, de la salud y la seguridad de las personas y del medio ambiente, no solo en sus filiales, sino en subcontratistas y proveedores con las que mantienen una "relación comercial consolidada".[24]

Esta norma representa una nueva etapa, calificada como "híbrida", pues coexisten la norma pública y la privada: la ley, que crea la obligación de vigilancia y de elaboración de un plan, y el plan, que es realizado por el sujeto obligado de forma autónoma, de manera unilateral o convencional, constituyendo "una ilustración de una tendencia normativa contemporánea que consiste en organizar las normas en red y no ya de manera piramidal para regular jurídicamente las actividades humanas".[25] Estamos ante un mecanismo de *hard law* que se apoya en un mecanismo de diligencia debida (*soft law)*, que resulta típico del ámbito de responsabilidad social empresarial.[26]

---

24 El artículo L. 442-6, I, 5.° del Código de Comercio francés, considera como relaciones comerciales consolidadas todo tipo de relaciones profesionales regulares y estables, con o sin contrato, con un determinado volumen de negocio y que son razonablemente sostenibles en el futuro. Este concepto se aplica también a la compraventa de productos y a la prestación de servicios.

25 Daugareilh, Isabelle. "La ley francesa sobre el deber de vigilancia de las sociedades matrices y contratistas: entre renuncias y promesas". Impacto laboral de las redes empresariales. 2018, p. 365.

26 Guamán Hernández, Adoración. "Diligencia debida en derechos humanos y empresas transnacionales: de la ley francesa a un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre empresas y derechos humanos". Lex Social. Revista jurídica de los derechos sociales. Julio-diciembre 2018,

La norma es bastante amplia en su ámbito de aplicación pues no se refiere a un sector específico. Debe ser cumplida por cualquier sociedad establecida en Francia que al término de dos ejercicios consecutivos emplee: (i) al menos a cinco mil empleados, en la casa matriz, y en sus filiales directas o indirectas, cuya sede social esté situada en Francia; (ii) al menos a diez mil empleados, en la casa matriz, y en sus filiales directas o indirectas, cuyo domicilio social esté situado en Francia o en el extranjero.

La ley se aplica a las actividades de la casa matriz o la contratista, o de las sociedades controladas directa o indirectamente por alguna de ellas,[27] y de subcontratistas y proveedores de la casa matriz o de las sociedades filiales o controladas con los que mantengan una relación comercial consolidada. Si bien la ley extiende su radio de acción más allá del grupo de sociedades y alcanza a las cadenas de suministro, quedarían fuera de su ámbito de aplicación los siguientes anillos de dichas cadenas, a pesar de que el riesgo de vulneración de derechos aumenta conforme se desciende en la cadena.[28]

El plan de vigilancia puede ser desarrollado en colaboración con las partes interesadas, y debe incluir las siguientes medidas: (i) un mapa de riesgos que permita su identificación, análisis y priorización; (ii) procedimientos para evaluar periódicamente la situación de las filiales, subcontratistas o proveedores con los que se mantiene una relación comercial consolidada, diseñados a partir del citado mapa de riesgos; (iii) acciones adecuadas para mitigar los riesgos o evitar perjuicios graves; (iv) un mecanismo de recopilación de alertas sobre la existencia o no de riesgos, establecido en colaboración con las organizaciones sindicales representadas en cada empresa; y (v) un sistema de seguimiento o monitorización de las medidas implementadas y de evaluación de su eficacia.

Los mecanismos de alertas, al involucrar a las organizaciones sindicales, invitan a que estas los conviertan en objeto de negociación a escala nacional o internacional, lo que a criterio de Daugareilh, indirectamente permite "atribuir

---

Vol. 8 núm. 2/2018, p. 238.

27 En aplicación del artículo L 233-16 II del Código de Comercio francés, se considerará que existe control en empresas en las que posean, directa o indirectamente, una mayoría de acciones con derecho de voto; en las que designen, en dos ejercicios sucesivos, a la mayoría de los miembros de los órganos de administración, dirección o supervisión; o sobre las que ejerzan una influencia preponderante en virtud de un contrato o cláusula estatutaria.

28 Sanguineti Raymond, Wilfredo. "La ley francesa sobre el deber de vigilancia de las sociedades matrices y empresas controladoras". Trabajo y Derecho. Numero 55-56, Julio-Agosto 2019, p. 13.

una categoría jurídica al acuerdo marco internacional, «nacionalizando» en el marco de un acuerdo colectivo de empresa los mecanismos de alerta y además los compromisos adoptados por la empresa transnacional en el marco de estos AMI".[29] Esta colaboración solo resulta exigible por la ley en una de las cinco medidas del plan de vigilancia, aunque nada impediría que sea extendida a todo el plan.

El plan debe hacerse público e incluirse en el informe de gestión presentado a la junta general de accionistas, por el Consejo de Administración o la Junta Directiva. Esta obligación de hacer público el plan es la que permite que los terceros interesados puedan verificar el cumplimiento de la ley, y eventualmente demandar eso. Son estos grupos de interés, a través de su movilización y la construcción de alianzas, con organizaciones de ambos países (del país de la sede de la EMN y de aquel en que se produce el perjuicio grave), los que determinarán el impacto real de la ley.[30]

Si la sociedad no elabora, publica y aplica efectivamente un plan de vigilancia, cualquier parte con interés en actuar (organizaciones no gubernamentales, sindicatos, comunidades afectadas, etc.) puede requerirle que cumpla con esa obligación y si la sociedad reincide en el incumplimiento de sus obligaciones tras un plazo de tres meses a partir del requerimiento formal, el juez puede obligarla judicialmente a su cumplimiento.

La sociedad puede incurrir en responsabilidad civil en caso de incumplimiento de sus obligaciones debido a la ausencia de un plan de vigilancia, su no publicación o su no aplicación efectiva (no es que se la responsabilice por hechos ajenos, por vulneraciones realizadas por sus filiales, por ejemplo, sino por el incumplimiento directo de su deber de vigilancia).[31] En caso de producirse perjuicios, debe compensar a la parte afectada por el perjuicio que el cumplimiento de dichas obligaciones habría evitado. Este es un punto crucial, que distingue la ley de otras iniciativas pues contempla la posibilidad de pagar a las victimas una indemnización por daños y perjuicios. La dificultad radica en que la carga de la prueba es de los demandantes, quienes tienen que probar la falta cometida (y que esta es consecuencia del incumplimiento de las mencionadas obligaciones),

29 Daugareilh, Isabelle. "La ley francesa…", cit., pp. 373-374.

30 Auvergnon, Philippe. "El establecimiento de un deber de vigilancia de las empresas transnacionales, o cómo no dejar que los zorros cuiden libremente del gallinero mundial". Lex Social. Revista jurídica de los derechos sociales. Julio-diciembre 2020, Vol. 10 núm. 2/2020, p. 221.

31 Sanguineti Raymond, Wilfredo. "La ley francesa …", cit., p. 14.

el perjuicio sufrido, y la relación causal entre la falta y el perjuicio. Como se aprecia, se ha establecido un régimen de responsabilidad civil extracontractual, que exige la existencia de una culpa *in vigilando*, derivada de no haber cumplido una obligación específica.[32]

4. LA POSIBLE CONEXIÓN ENTRE INSTRUMENTOS NACIONALES E INTERNACIONALES, PÚBLICOS Y PRIVADOS

Considerando lo expuesto hasta el momento, cabe preguntarse si es posible "conectar" algunos de los instrumentos existentes en este momento, con el fin de asegurar el respeto de los derechos laborales fundamentales en las cadenas mundiales de suministro, y en ese proceso "trillar" los mismos, en función a la efectividad que pueden alcanzar en conjunto.

En ese sentido, considero que nada impediría alinear algunas medidas de ámbito nacional con medidas de ámbito internacional, público y privado, para la consecución de ese fin, teniendo en cuenta que los Estados han comenzado a exigir a las EMN ubicadas en su territorio que actúen con la debida diligencia en el desarrollo de sus operaciones a nivel global. La ley francesa es una prueba de eso. Tal como propone Sanguineti, el *modelo de regulación multinivel* en el que concurren múltiples actores, niveles y fórmulas de regulación, puede obtener resultados que difícilmente se alcanzarían a través del uso aislado de sus componentes.[33]

Me parece que, a efectos de identificar los instrumentos y medidas seleccionados de una forma más clara, resulta pertinente hacerlo a través de los sujetos a cargo de estos, ya sea por su autoría o por la actuación que se requiere de su parte.

Los sujetos identificados son: los Estados de origen (sede de la EMN) y las propias EMN. Acompañados en su accionar por los criterios establecidos por las organizaciones internacionales que tienen por objetivo directo preocuparse por los derechos humanos y los derechos laborales, es decir, la ONU y la OIT. Con la colaboración de dos actores que pueden contribuir a garantizar la efectividad de las acciones adoptadas por los actores principales: las organizaciones de trabajadores y las organizaciones de la sociedad civil, a nivel nacional e internacional. Dejo constancia de que no incluyo en esta relación a los Estados

32 Daugareilh, Isabelle. "La ley francesa…", cit., pp. 366-367.

33 Sanguineti Raymond, Wilfredo. "Las cadenas mundiales de producción …", cit., p. 74.

de destino de las inversiones y actividades de las EMN pues justamente son sus déficits los que han llevado al surgimiento de los nuevos instrumentos indicados en este trabajo (y a otros, que por cuestiones de espacio no pude mencionar), sin perjuicio de reconocer que conforme vayan desarrollándose económica, política e institucionalmente, estarán en mejor capacidad de proteger a su población.

Son dos los actores principales, los cuales voy a mencionar en "orden de aparición" de las acciones que se requieren de su parte: los Estados de origen, que deben exigir debida diligencia a las EMN que tienen sede en su jurisdicción, no a nivel de recomendación o a través de herramientas no vinculantes, sino mediante leyes. Francia ha demostrado, que, pese a todo, eso es posible. Y, *last but not least*, las EMN, que deberían cumplir con dicha norma y actuar con la diligencia debida en su accionar a nivel global, cuidando de que todos los eslabones de su cadena de suministro respeten los derechos de los trabajadores.

También participan la ONU y la OIT, que ya definieron el "guion", detallando los derechos humanos y derechos laborales fundamentales que deben ser respetados a nivel mundial. Y que cuentan con un aparato técnico que puede ayudar en ese propósito, evitando que se produzcan diversas interpretaciones o alcances sobre dichos derechos.

Finalmente, tenemos a los dos "actores de reparto". Las organizaciones de trabajadores, a nivel nacional, regional e internacional, que no solo pueden contribuir al control de la cadena de suministro desde fuera, sino establecer "alianzas estratégicas" con las EMN, materializadas de diversas maneras (entre ellas, un Acuerdo Marco Global).[34] Y las organizaciones de la sociedad civil, nacionales e internacionales, que pueden estar vigilantes a situaciones de vulneración de derechos, y no solo realizar las acciones que les permitan las leyes de debida diligencia, sino también, mantener sus estrategias frente a los consumidores a fin de presionar a las EMN para que actúen debidamente, por los efectos que podrían sufrir, no solo a nivel legal sino también económico.

Puede que esta idea sea calificada como ingenua. Además, requiere que otros Estados sede de EMN implementen un nuevo instrumento como el francés (y

34 Tal como lo ha señalado la OIT, "Los acuerdos marco internacionales podrían convertirse en una herramienta de colaboración en los procesos de diligencia debida en materia de derechos humanos, en consonancia con la legislación nacional, la Declaración sobre las Empresas Multinacionales, los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos y las Líneas Directrices de la OCDE".
OIT. La consecución del trabajo decente en las cadenas mundiales de suministro …, cit., p. 32.

es muy probable que muchos no lo hagan). Pero me parece que es más factible buscar que los Estados poco a poco se vayan comprometiendo más y legislen el tema -con el apoyo que podría dar alguna norma de la Unión Europea-, que no hacer nada y seguir esperando la aprobación de un tratado que regule la actuación de las EMN, de alcance universal.

Debemos actuar con lo que ya tenemos -o lo que es más factible de ir consiguiendo-. Finalmente, aplicar conjuntamente instrumentos o procedimientos que, de esa manera, tienen más posibilidades de ser efectivos, puede dar mejores resultados que mantener medidas desarticuladas y elegidas a sola decisión de las propias EMN. Es cierto que esta no es una situación perfecta, pero más que en las debilidades hay que enfocarnos en las potencialidades.

Existiendo ya una globalización económica y financiera, lo que debería procurarse ahora es alcanzar una globalización social, una globalización real -no solo legal- de los derechos humanos (entre ellos, los derechos laborales fundamentales). Las EMN constituyen una vía ideal para alcanzar ese objetivo pues pueden utilizar su posición para que estos se respeten en todos los eslabones de su cadena de suministro. La influencia que pueden ejercer estas empresas en las personas con las que realizan actividades, directa o indirectamente, es evidente. Claro está que no podemos encargarles que cumplan solas esa tarea, ya ha quedado demostrado que eso no es suficiente, los Estados que están en capacidad de regularlas deben intervenir (al menos mientras no se dicte una norma internacional que las regule, a nivel global). Como se señalaba acertadamente hace unos años al realizar un análisis crítico de la responsabilidad social de las EMN, citando al poeta F. Hölderlin, "allí donde está el peligro está también lo que salva".[35]

35 Daugareilh, Isabelle. "Responsabilidad social de las empresas transnacionales …", cit., p. 78.

RIESGOS Y OPORTUNIDADES DE LA APLICACIÓN DEL *BIG DATA* A LA GESTIÓN DE LOS RECURSOS HUMANOS TRANSNACIONALES

LUIS GORDO GONZÁLEZ

Profesor Contratado Doctor de Derecho de Trabajo y la Seguridad Social en la Universidad Autónoma de Madrid. Licenciado en Derecho y en Ciencia Política. Doctor en Derecho por la UAM, donde obtuvo el Premio Extraordinario de Tesis Doctoral de la Facultad de Derecho. Sus principales líneas de investigación versan sobre la disrupción tecnológica en el Derecho del Trabajo, el empleo público local y la representación de los trabajadores, especialmente en el contexto transnacional.

ABSTRACT: The consolidation of technology in the workplace is one of the key challenges that Labor Law must face. At a transnational level, the challenge is to incorporate big data, algorithm and artificial intelligence as tools to improve the effectiveness of global framework agreements.

KEYWORDS: Algorithm, Corporate Social Responsibility, Transnational.

I. LOS RETOS Y OPORTUNIDADES A LOS QUE DEBE DAR RESPUESTA EL DERECHO DEL TRABAJO

El Derecho del Trabajo se erigió como un instrumento para equilibrar el poder de los sujetos protagonistas de las relaciones laborales, empleadores y trabajadores. Con esa finalidad se articularon instituciones que pretendían equiparar la capacidad del trabajador, para defender sus derechos e intereses, a la del empresario.

El marco laboral se construyó sobre unas relaciones laborales clásicas. Protagonizadas por un proletariado industrial, con una fuerte conciencia de clase, que prestaba sus servicios mediante vínculos contractuales estandarizados –por cuenta ajena, indefinidos y a jornada completa–, en empresas que podían ser descritas como "pequeñas ciudades compactas y autosuficientes, en la que todas las funciones se desarrollaban en su interior"[1].

Sin embargo, es un hecho notorio que el modelo de empresa sobre el que se construyó el Derecho del Trabajo está en crisis desde hace tiempo y se ha visto alterado por diferentes modificaciones que han transformado sus elementos nucleares[2].

1 LOFFREDO, Antonio, "Sobre las transformaciones de la figura del empresario: entre contractualismo y sugerencias institucionales", en AA.VV. (Dir. Gaeta, Lorenzo y Gallardo Moya, Rosario*), Los empresarios complejos: un reto para el Derecho del Trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2010, p. 25.

2 En términos similares *vid*. MOLERO MARAÑÓN, Mª Luisa, "*Sobre la inminente necesidad de revisar el concepto de empresario en su dimensión jurídico-laboral*", en Relaciones Laborales, 2001, núm. 7, p. 1; PUEBLA PINILLA, Ana de la, *La empresa como objeto de transmisión en la nueva economía*, Thomson/Aranzadi, Cizur Menor, 2005, p. 30; PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos, "La responsabilidad del empresario en organizaciones complejas de empresas", en Blasco Pellicer, Ángel (Coord.), *El empresario laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 222. Sin infravalorar

En una primera etapa, los cambios en el modelo empresarial afectaron a la descentralización productiva, facilitando la intervención de terceros sujetos en una relación que hasta ese momento había sido exclusivamente bilateral.

En segundo lugar, el paradigma de empresa ha evolucionado hacia una noción de grupo de empresa cada vez más incorpórea, provocando que los conceptos económico y jurídico de empresa se disocien y terminen siendo realidades diferentes[3].

En tercer lugar, en las relaciones laborales contemporáneas cada vez se encuentra más difuminada la frontera entre el trabajo por cuenta ajena y el trabajo autónomo, especialmente problemática es dicha delimitación en las profesiones liberales –abogados, médicos, etcétera– y en la prestación de servicios en las nuevas plataformas digitales. Ello a pesar de que se hayan incorporado figuras intermedias al ordenamiento laboral español en un intento por extender la protección del Derecho del Trabajo, como ocurre, por ejemplo, con el trabajador autónomo económicamente dependiente[4].

En cuarto lugar, las empresas cada vez más se han convertido en redes transnacionales que desarrollan su actividad de manera global y fraccionada, entre diversos Estados y a través de la interposición de distintas compañías con sede en dichos Estados. La transnacionalización se ve impulsada aún más en el marco de la Unión Europea, pues el mercado interior lleva aparejado un proceso de internacionalización de las empresas y de los grupos de dimensión comunitaria[5].

---

la evolución del concepto clásico de empresa, es importante señalar que quizá su forma originaria pura solo existió en los textos legales, al respecto *vid*. CRUZ VILLALÓN, Jesús, "Los cambios en la organización de la empresa y sus efectos en el derecho del trabajo: aspectos individuales", en RODRÍGUEZ PIÑERO-ROYO, Miguel C. (Coord.), *El empleador en el derecho del trabajo. XVI Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Tecnos/Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Madrid, 1999, p. 36.

3 Téngase en cuenta que el concepto económico de empresa incluye lo que en derecho calificaríamos como grupo de empresas, *vid*. BUENO CAMPOS, Eduardo, CRUZ ROCHE, Ignacio y DURÁN HERRERA Juan José, *Economía de la empresa. Análisis de las decisiones empresariales*, Pirámide, Madrid, 2002, Reimpresión. pp. 48-49.

4 Es cierto que autorizada doctrina defendió la extensión, parcial y limitada por la naturaleza de las cosas, del ordenamiento laboral a los trabajadores autónomos, PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos, "El trabajo autónomo y las propuestas de refundación del Derecho del Trabajo" en Relaciones Laborales, 2000, vol. 1, p. 442. Pero esta extensión ha sido utilizada como vía para precarizar la posición de los falsos autónomos.

5 ORTIZ LALLANA, Carmen, "La participación de los trabajadores en el plano internacional y comunitario" en AA.VV., *Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales. XVII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Mi-

Esta globalización del mercado empresarial facilita que estas puedan articular mecanismos más efectivos para "escapar" de los controles establecidos por los Estados[6], haciéndolas prácticamente inmunes a las regulaciones nacionales.

Finalmente, en los últimos años, pero a buen seguro en las próximas décadas, el fenómeno de mayor importancia en la transformación del Derecho del Trabajo es el de la influencia de la tecnología a las relaciones laborales. Así, los agentes sociales nacionales, especialmente las organizaciones sindicales, están cada vez más preocupados por los riesgos que presenta la aplicación de las técnicas de *big data* a las relaciones laborales contemporáneas. Así, sin ánimo de ser exhaustivos, puede señalarse que la automatización de decisiones sin la intervención humana pone en riesgo puestos de trabajo, sin que hasta la fecha exista consenso para determinar si dicha afectación va a ser paliada con la aparición de nuevos puestos de trabajo. Las técnicas de *big data* también suponen un evidente peligro para el derecho a la intimidad de los trabajadores, que pueden ser sometidos a un control empresarial nunca antes experimentado, pudiendo incluso afectar de forma sencilla a su esfera más íntima a través del análisis de sus redes sociales o de sus movimientos a través de sus dispositivos móviles. Finalmente, también constituye un desafío a analizar la introducción de toda esta tecnología en los centros de trabajo, pues estos algoritmos son adoptados y desarrollados por las empresas sin el control de los representantes de los trabajadores.

II. ALGORITMOS, *BIG DATA* E INTELIGENCIA ARTIFICIAL: LA "NUEVA" REVOLUCIÓN EN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS

1. Marco tecnológico

Según la Real Academia de la Lengua Española podríamos definir el término algoritmo como cualquier procedimiento formalizado en una serie de pasos

nisterio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2007, Madrid, p. 223.

6 Se ha llegado a señalar que "la alergia crónica de las empresas a las normas laborales heterónomas se acentúa si cabe en el caso de las empresas globales", *vid* VIVERO SERRANO, Juan Bautista, "La formación de redes sindicales en las empresas multinacionales españolas: los casos de Repsol y Telefónica" en SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo (Dir.), *La transnacionalización de las relaciones laborales*, Cinca, Madrid, 2015, p. 183. Asimismo, se ha manifestado que la globalización lleva aparejada la desregularización y la re-regularización de las estructuras productivas. Por tanto, deja de poder regularse la actividad productiva de las empresas a través del clásico binomio Estado (nación) / mercado productivo, volviendo sus regulaciones en prescindibles e ineficientes, e imponiéndose una nueva regulación sobre la base de que la flexibilidad de la normativa facilita la competitividad, *vid*. BAYLOS GRAU, Antonio, "Globalización y Derecho del Trabajo: realidad y proyecto", en *Cuadernos de Relaciones Laborales*, núm. 15, 1999, *cit.*, p. 21.

para solucionar un problema o conseguir un resultado. En este sentido, por ejemplo, los procesos judiciales también son algoritmos, pues están formados por pasos con contenidos específicos[7]. En el ámbito empresarial también es usual que las propias direcciones de las compañías –de forma unilateral o negociada, de forma más o menos reglada– fijen procedimientos para canalizar peticiones de días libres o de turnos de vacaciones, que también podrían ser considerados como algoritmos.

Sin embargo, a pesar de la aséptica definición y de la constatación de que la normalidad jurídica, incluidas las relaciones laborales, se construye sobre algoritmos, lo cierto es que su uso cada vez despierta un mayor interés y es más habitual que se alcen voces reclamando una regulación de estos instrumentos. Sobre todo, cuando empresas y Administración han comenzado a incorporar esta tecnología de forma cotidiana[8].

La explicación a la necesidad de regular el uso de algoritmos en las relaciones laborales contemporáneas radica quizás en dos aspectos. En primer lugar, en el trato de los algoritmos con otros algoritmos y, en segundo lugar, en las posibilidades de desarrollo de estos cuando se combinan con la inteligencia artificial y el *big data*.

La capacidad de un algoritmo puede ser muy eficaz, por ejemplo, incrementando las ventas al mostrar al consumidor anuncios de productos relacionados con búsquedas anteriores o al ofrecer descuentos vinculados a compras previas. No obstante, el poder de la combinación de algoritmos con otros, dando lugar a programas o apps, es mucho más elevado. Así, pueden canalizar importante información del consumidor –ampliando las ventas– a la vez que aumentan la eficacia de la plantilla –reduciendo tiempos improductivos o mejorando los niveles de siniestralidad–. De hecho, aplicaciones como glovo o uber –que no dejan de ser conjuntos de algoritmos– han transformado las relaciones laborales en su sector y han obligado a Estados y agentes sociales a replantearse instituciones básicas del Derecho del Trabajo[9].

---

7 HUERGO LORA, A., "Una aproximación a los algoritmos desde el derecho administrativo" en *La regulación de los algoritmos*, HUERGO LORA, A. (Dir.), Aranzadi, Cizur Menor, p. 27.

8 Así, por ejemplo, en España la DA 4ª y 5ª del Real Decreto-ley 2/2021, de 26 de enero, de refuerzo y consolidación de medidas sociales en defensa del empleo, han incorporado el análisis de *big data* y algoritmos a la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

9 El debate sobre la laboralidad de los trabajadores en plataformas digitales ha llevado a los Tribunales Supremos de muchos Estados a tener que analizar los indicios exigibles para constatar

En cuanto al *big data* y la inteligencia artificial, el término anglosajón *big data* podría ser definido como datos masivos gestionables. Estos tienen un origen heterogéneo y crecen de forma exponencial[10]. Saber interpretar y manejar estos datos, sin duda, es un elemento muy poderoso y útil. Así, algunos estudios han afirmado, por ejemplo, que las búsquedas en el motor de búsquedas *Google* permitía predecir las epidemias de gripe una semana antes de que lo pudiera predecir la red centinela de vigilancia española, que reúne información clínica, epidemiológica y microbiológica de ámbito nacional, con un retraso mínimo en la transmisión de los datos[11]. Por otra parte, la inteligencia artificial sería aquella decisión o decisiones que pueden ser desarrolladas por ordenadores que anteriormente exigían de la intervención humana, como el reconocimiento facial o la toma de decisiones en base a datos previamente recabados.

La combinación de algoritmos, *big data* e inteligencia artificial es el factor verdaderamente novedoso. Pues facilita a la empresa unos poderes de control y dirección absolutamente elevados y complejos, impensables en el pasado[12], desposeyendo a los trabajadores, de forma individual o colectiva, de cualquier tipo de protección.

2. Los usos del algoritmo en las relaciones laborales

Con carácter general, los algoritmos pueden ser usados para cumplir seis objetivos: limitar, recomendar, almacenar (datos), evaluar, recolocar/sustituir,

---

o no la existencia de una relación laboral. Como ejemplo de pronunciamiento declarando la laboralidad puede citarse la Sentencia del Tribunal Supremo español de 25 de septiembre de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:2924); el fallo del Tribunal de Apelaciones británico sería, por otra parte, ejemplo de fallo estimando que la prestación de servicios en las plataformas digitales se ejecuta en términos de autonomía y por cuenta propia (Case C1/2018/3104, 24 de junio de 2021).

10 Para hacerse una idea del volumen, variedad y velocidad con la que se generan y gestionan los datos basta tener presente que los datos digitales que genera una persona en un solo día equivalen al espacio de 86.400ejemplares de El Quijote5 o que en el año 2020 se estima que cada organización está manejando de media un volumen de información de unos13,53 petabytes, lo que supone un incremento del 40% desde el año2019 y del 831% desde 2016, *vid*. GARCÍA VIDAL, A., "Big data e internet de las cosas: su impacto en el derecho de la competencia y de la propiedad industrial e intelectual", en GARCÍA VIDAL A. (Dir.), *Big data e internet de las cosas. Nuevos retos para el Derecho de la competencia y de los bienes inmateriales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p.

11 VALDIVIA PÉREZ, A. y otros, "Se puede predecir la epidemia de gripe mediante datos de búsqueda en internet", en Gaceta sanitaria, 2010, núm. 24, vol. 1, p. 95.

12 STEFANO, V. de, "'Negotiating the algorithm': Automation, artifi cial intelligence and labour protection", Comparative Labor Law & Policy Journal, vol. 41, n°1, 2019, p. 23.

premiar/sancionar[13]. Ello posibilita que en las relaciones laborales sean usados para, por ejemplo, entre otras cosas: a) seleccionar la contratación de trabajadores o su despido, b) determinar sus horarios en función de los datos recabados, c) otorgar premios o sanciones en función de la satisfacción del cliente, d) repartir los turnos de las vacaciones o de trabajo para para evitar tareas repetitivas f) asignar tareas sin la intervención de ningún supervisor humano, solo por cercanía o por mejores puntuaciones de los clientes y, finalmente, desde luego, fiscalizar la actividad del trabajador a través de controles biométricos y de posicionamiento.

El problema de permitir estos usos sin una regulación que determine sus límites y utilización legítima es que los algoritmos no son neutros y pueden ser una fuente de discriminación. Ya sea por los prejuicios que pueda introducir el desarrollador, por defectos en el entrenamiento del sistema o por los datos que se suministran al algoritmo[14]. Así, por ejemplo, una empresa que use un algoritmo para seleccionar su plantilla puede discriminar al personal si descarta estadísticamente a candidatos provenientes de algunos sectores de la ciudad, porque estadísticamente son más conflictivos o están menos preparados. De igual forma, una empresa podrá discriminar si usa un algoritmo para determinar turnos o vacaciones teniendo en cuenta las ausencias justificadas o no de sus trabajadores, sobre todo teniendo en cuenta que siguen siendo las mujeres las que de forma mayoritaria hacen uso de permisos de corta o larga duración para cuidar a sus familiares. Obviamente la discriminación será incluso más evidente si el algoritmo está diseñado para descartar candidatas que hayan buscado ropa de bebés en sus últimas consultas en internet o que hayan reclamado judicialmente frente a sus anteriores empresas.

Todo ello no quiere decir que los algoritmos no se puedan usar y haya que volver al maquinismo del siglo XIX, sino que habrá que ponderar y valorar los riesgos y derechos en juego. La ponderación será más compleja cuanto más variables analice el algoritmo.

3. La regulación del algoritmo por la negociación colectiva en España

Aunque se ha señalado que negociar el contenido de los algoritmos podría convertirse en un objetivo crucial del diálogo social[15]. Lo cierto es que en España

13 KELLOGG, K.C., VALENTINE, M.A. Y CHRISTIN, A., "Algorithms at work: the new contested terrain of control", en *Academy of Management Annals*, vol. 14, núm. 1, 2020, p

14 NAVAS NAVARRO, S., "La perspectiva de género en la inteligencia artificial", en *Diario La Ley*, núm. 48, 8 de marzo de 2021.

15 STEFANO, V. de, "'Negotiating the algorithm': Automation, artifi cial intelligence and labour protection", Comparative Labor Law & Policy Journal, vol. 41, n°1, 2019, p. 45.

esta predicción no ha tenido todavía éxito. El legislador no ha dispuesto que la regulación del algoritmo esté incluida entre el contenido mínimo que deben recoger los convenios colectivos[16]. Tampoco los agentes sociales parecen haber incorporado dicha aspiración entre los asuntos irrenunciables a incorporar al contenido de los convenios colectivos.

Por tanto, es muy excepcional encontrar alguna referencia que discipline el uso de los algoritmos en el centro de trabajo. Quizás podría establecerse tres formas de afrontar la existencia del algoritmo en las relaciones laborales en España: (i) de forma pasiva´, como si el algoritmo no afectara a las relaciones laborales de la empresa; (ii) de forma activa, pero poco invasiva y, finalmente, (iii) tomando conciencia de la importancia que algoritmo tiene, tendrá o podrá tener en las relacionales laborales en la empresa.

(i) De forma pasiva

En esta primera categoría los agentes sociales regulan los algoritmos como si se tratara de una realidad externa a la empresa. Así, estos solo existen en su relación con sus clientes, pero no parece que se apliquen en las relaciones laborales intrarempresariales. Así, algunos convenios colectivos incorporan puestos de análisis o gestión de big data entre su catálogo de puestos de trabajo, pero no desarrollan ni reglamentan el uso de esas tecnologías en la propia empresa[17]. Es sorprendentemente que sean empresas de contenido tecnológico las que ignoren en sus relaciones laborales la necesidad de regular el algoritmo.

También es posible encontrar dentro de esta categoría otros instrumentos negociados que usan la disrupción digital y la inteligencia artificial como argumentos para justificar la necesidad de transformación de la empresa y de fijar políticas de empleo con las que favorecer la calidad y estabilidad, así como la incorporación de jóvenes profesionales[18]. En cualquier caso, es desde luego

16 El contenido mínimo de los convenios colectivos en España se encuentra recogido en el artículo 85 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

17 Convenio colectivo de la empresa Scalefast, S. L. (BOCAM de 13 de diciembre de 2019), convenio colectivo de la empresa "Irium Consulting, Sociedad Limitada" (BOCAM de 5 de agosto de 2017), II Convenio colectivo del Grupo Vodafone España (BOE de 9 de febrero de 2021)

18 Cláusula de jubilación obligatoria figada pro el artículo 12 bis del Convenio colectivo de empresas vinculadas para Telefónica de España, SAU, Telefónica Móviles España, SAU y Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones de España, SAU (BOE 13 de noviembre de 2019).

evidente que los agentes sociales son cada vez más conscientes de la importancia de la inteligencia artificial o el *big data* a las relaciones laborales[19].

(ii) De forma activa, pero poco relevante

Los instrumentos clasificados en este conjunto sí contienen una regulación del algoritmo, pero esta es de contenido muy simple y transparente, hasta el punto de que el algoritmo puede aparecer incluso publicado en la norma para general conocimiento. Como ejemplo podría citarse dos convenios han incorporado algoritmos a fin de concretar niveles corregidos de productividad[20].

La sencillez del algoritmo en esta categoría no es sinónimo de ausencia de relevancia en el contenido sustantivo del mismo. Así, por ejemplo, a nivel internacional convenios colectivos han incorporado sencillos algoritmos para determinar la conversión automática de trabajadores autónomos en trabajadores por cuenta ajena[21].

(iii) Tomando conciencia de la importancia que algoritmo tiene, tendrá o podrá tener en las relacionales laborales en la empresa

Como se ha avanzado, los instrumentos que recogen un contenido más sugerente son, sin duda, la excepción. Quizás el primero de los ejemplos sea el XXIV Convenio colectivo del sector de la banca (publicado en el BOE el 30 de marzo de 2021).

Por una parte, este convenio incorpora en su regulación el mandato contenido en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPD-GDD) y del Real

19 Así, por ejemplo, Para poder desarrollar el sector TIC en Navarra las partes firmantes solicitan al gobierno de Navarra la elaboración, definición y financiación de una serie de proyectos tractores basados en este tipo de tecnologías que, liderados por la iniciativa privada, permitan cultivar y atesorar el conocimiento necesario para posteriormente poder desplegarlo de una forma "universal" en todo el tejido empresarial de la Comunidad, vid. Revisión del Acuerdo Intersectorial de Navarra sobre Relaciones Laborales, Boletín Oficial de Navarra número 74, de 16 de abril de 2019.

20 Convenio colectivo de trabajo de la empresa Fundosa Servicios Industriales, S.L., Boletín Oficial de la Provincia de Valencia de 4 de junio de 2013, y el Convenio colectivo de trabajo de la empresa Ilunion Servicios Industriales Levante, Boletín Oficial de la Provincia de Valencia de 18 de abril de 2018.

21 El Artículo 1 del Convenio colectivo entre Hilfr ApS y 3F Private Service, Hotel and Restaurant de 2018 a 2019, de Dinamarca, contemplaba la conversión automática en trabajadores por cuenta ajena a aquellos autónomos que presenten sus servicios durante más de 100 horas.

Decreto-ley (RDL) 28/2020, sobre el trabajo a distancia. En este sentido, sus artículos 27 y 28 recogen la regulación sobre el teletrabajo en función de si el teletrabajo supera o no el 30% de la jornada del teletrabajador. Es decir, solo si el trabajador desarrolla a distancia más de 510h será considerado teletrabajador. El artículo 79 dispone que "en los procesos de transformación digital, las Empresas informarán a la representación legal de los trabajadores sobre los cambios tecnológicos que vayan a producirse en las mismas, cuando éstos sean relevantes y puedan tener consecuencias significativas sobre el empleo y/o cambios sustanciales en las condiciones laborales". En realidad, dicha medida no supone una verdadera mejora, pues solo es una reafirmación del derecho contenido en el artículo 65.5 ET, cuando las reestructuraciones, de las que habla dicho precepto, tengan un componente vinculado a las nuevas tecnologías. Asimismo, el artículo 80 reconoce a los trabajadores una serie de derechos vinculados a la tecnología: el derecho del trabajador a no consultar sus dispositivos electrónicos –incorporando un listado de estos en forma de *numerus apertus*– fuera de su jornada laboral; el derecho a la intimidad en el uso de dispositivos móviles y de geolocalización y, finalmente, un derecho a la educación digital por el cual las direcciones empresariales se comprometen a formar a su personal y favorecer su reconversión digital y adaptación a nuevos puestos. Norma de contenido muy interesante, pero que requerirá de concreción para su eficacia.

Por la otra, por primera vez en España un convenio colectivo acoge una novedosa ordenación del algoritmo por partida doble. El artículo 80.5 del Convenio fija, en primer lugar, los derechos de los propios trabajadores en su relación con el algoritmo. En segundo lugar, establece unas garantías en favor de la representación de los trabajadores frente al mismo.

En cuanto a los derechos de los trabajadores, se establece que los trabajadores tienen derecho a no ser objeto de decisiones basadas únicamente en variables automatizadas. Obviamente también tienen derecho a no ser objeto de discriminación en decisiones y procesos, cuando ambos estén basados únicamente en algoritmos, pudiendo solicitar, en estos supuestos, el concurso e intervención de las personas designadas a tal efecto por la Empresa, en caso de discrepancia. Debe celebrarse la concreción de un procedimiento que instaura garantías para que los trabajadores no se vean sometidos a decisiones automáticas[22].

22 Lamentablemente, algunos trabajadores de Amazon han denunciado públicamente su despido automático al detectar el algoritmo un rendimiento insuficiente. Sin embargo, los empleados alegan que dicho déficit está justificado con incidencias ajenas a su buen desempeño, pero que la

En cuanto a la representación de los trabajadores, se dispone que las empresas informarán a la representación de los trabajadores sobre la utilización de algoritmos en el centro de trabajo cuando estos se usen para la adopción automática de decisiones sin intervención humana. La información abarcará los datos que nutren los algoritmos, la lógica de funcionamiento y la evaluación de los resultados. Aunque habría sido más deseable que se incorpora el derecho a negociar el contenido y los límites al uso de algoritmos en el entorno empresarial, debe valorarse positivamente que la negociación colectiva haya incorporado este derecho de información. Bien es cierto que la novedad y excepcionalidad de esta medida han quedado atrás pues el Real Decreto-ley 9/2021, de 11 de mayo, por el que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales ha dispuesto el derecho de los representantes de los trabajadores a ser "informado[s] por la empresa de los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que afectan a la toma de decisiones que pueden incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles".

III. LA GESTIÓN TRANSACCIONAL DE RECURSOS HUMANOS: EL PAPEL DEL ALGORITMO EN LA RESPONSABILIDAD SOCIAL CORPORATIVA

Los sindicatos llevan tiempo sufriendo una grave crisis de descrédito entre los trabajadores, que en ocasiones no perciben a estas organizaciones como un instrumento útil para la defensa de sus intereses[23]. Ello es aún más notorio en el contexto transnacional, donde solo existen sujetos –las federaciones sindicales

automaticidad del algoritmo no valorado para la adopción de una decisión tan traumática, *vid*. https://www.bloomberg.com/news/features/2021-06-28/fired-by-bot-amazon-turns-to-machine-managers-and-workers-are-losing-out [última consulta: 15 de julio de 2021].

23 La crisis del sindicalismo ya fue puesta de manifiesto hace años a consecuencia del aumento del desempleo, de los cambios en la organización empresarial y la diversificación de los intereses de los trabajadores, ANTONELLO BENITES, Flavio, "Los Comités de Empresa Europeos y los cambios organizativos en los centros de trabajo", en RODRÍGUEZ PIÑERO-ROYO, Miguel C. (Coord.), *El empleador en el derecho del trabajo. XVI Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Tecnos/Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Madrid, 1999, p. 261. Vid también SERRANO DEL ROSAL, Rafael, "Estrategias adaptativas del sindicalismo español contemporáneo", en *Revista Internacional de Sociología,* nº 25, 2000, pp. 21-45; OJEDA AVILES, Antonio, "Sindicalismo europeo, su crisis, sus alternativas", en *Sociología del Trabajo,* nº 6, 1989, pp. 51-78.

internacionales– que no representan globalmente los intereses de la clase trabajadora, sino que concretan sus intereses mediante la agregación de las preferencias de los sindicatos nacionales[24].

Quizás esta posición de debilidad ha provocado que las alternativas patrocinadaspor las organizaciones de los trabajadores –redes sindicales y comités de empresa mundiales– tampoco terminen de asumir el protagonismo absoluto de la interlocución transnacional. Ante el fracaso de las propuestas más tradicionales para articular un marco de para desarrollar las negociaciones transnacionales y la ausencia de organismos internacionales o nacionales capaces de imponer coercitivamente las normas laborales en el contexto transnacional[25], parece que la solución más relevante proviene de la autorregulación por parte de las empresas transnacionales[26]. Dicha autocontención se ha articulado a través de la

24 Así, VIVERO SERRANO, Juan Bautista, "Las redes sindicales…", *op. cit.*, p. 184.

25 Solo las personas físicas y los Estados son sujetos de derecho internacional. Por tanto, las empresas transnacionales no están sometidas a los convenios o pactos internacionales, ni siquiera en materias tan básicas como los derechos fundamentales, *vid*. APARICIO TOVAR, Joaquín y VALDÉS DE LA VEGA, Berta, "La Responsabilidad Social Empresarial como gobernanza democrática de la empresa global" en APARICIO TOVAR, Joaquín y VALDÉS DE LA VEGA, Berta (Dirs.), *La Responsabilidad Social de las Empresas en España: concepto, actores e instrumentos*, Bomarzo, Albacete, 2011, p. 14.

26 Se ha afirmado que "el protagonismo de la empresa transnacional como instancia creadora de reglas destinadas a su aplicación en el espacio global ha sido absoluto", *vid*. CORREA CARRASCO, Manuel, "Instrumentos de responsabilidad social empresarial y gobernanza de la globalización económica" en APARICIO TOVAR, Joaquín y VALDÉS DE LA VEGA, Berta (Dirs.), *La Responsabilidad Social de las Empresas en España: concepto, actores e instrumentos*, Bomarzo, Albacete, 2011, p. 223. En similares términos *vid*. ALCALÁ DÍAZ, María Ángeles, "Técnicas jurídico-contractuales de descentralización empresarial", en AA.VV. (Dir. Gaeta, Lorenzo y Gallardo Moya, Rosario), *Los empresarios complejos: un reto para el Derecho del Trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2010, p. 151; SOLER ARREBOLA, José A., "Los acuerdos marco internacionales suscritos por empresas españolas: encuadramiento y caracterización general", en SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo (Dir.), *La dimensión laboral de la internacionalización de la empresa española*, Cinca, Madrid, 2014, p. 159; VIVERO SERRANO, Juan Bautista, "Las redes sindicales…", *op. cit.*, p. 183; DAUGAREILH, Isabelle, "Responsabilidad social de las empresas transnacionales: análisis crítico y prospectiva jurídica" en *Cuadernos de Relaciones Laborales*, vol. 27., núm. 1, 2009, p. 80. Asimismo, se ha afirmado que, ante el creciente poder de las empresas transnacionales, los mecanismos de Responsabilidad Social Corporativa son vistos como una solución transitoria de urgencia para garantizar un respeto mínimo a la dignidad humana en los Estados en vías de desarrollo y como una solución más permanente en los Estado desarrollados con el ánimo de constituir un suplemento a la normativa Estatal, *vid*. BAZ TEJEDOR, José Antonio, "Responsabilidad social empresarial…", *op. cit.*, p. 104. También se ha señalado al progresivo declive de los Estados y su pérdida de poder como la razón por la cual las empresas transnacionales, actores principales en las economías modernas, deben asumir estas nuevas responsabilidades, SERRA GIMÉNEZ, Francisco, "Las transformaciones del derecho en el capitalismo actual" en APARICIO TOVAR, Joaquín y VALDÉS DE LA VEGA, Berta (Dirs.), *La Responsabilidad Social de las Empresas en España: concepto, actores*

responsabilidad social corporativa, erigiendo a la empresa en el lugar típico de producción de reglas sobre las relaciones laborales transnacionales[27].

La responsabilidad social corporativa ha servido además para dar respuestas a las demandas sociales que exigen que las grandes corporaciones internacionales se hagan responsables de los costes indirectos que genera su actividad[28]. Es decir, que su actividad debe tener en cuenta cómo influye su negocio empresarial, además de en los sujetos tradicionales objeto de su interés –accionistas y trabajadores– en otros colectivos, tales como clientes, proveedores y ciudadanos en general, denominados usualmente como *stakeholders*[29].

---

e instrumentos, Bomarzo, Albacete, 2011, p. 73.

27 Regulación de las relaciones de trabajo caracterizado por su "autorreferencialidad", *vid*. BAYLOS GRAU, Antonio, "Empresas transnacionales y acuerdos marco-globales" en GOÑI SEIN, José Luis (Dir.), Ética empresarial y códigos de conducta, La Ley, Madrid, 2011, p. 202. Al respecto también, BAYLOS, GRAU, Antonio, "Globalización y Derecho…", *op. cit.*, p. 23. Asimismo, se ha afirmado que la empresa tiene la gran responsabilidad de aplicar los convenios internacionales de trabajo, BOIRAL, Olivier, "Certificar la buena conducta de las empresas. Retos, problemas y perspectivas" en *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 122, núm. 3, 2003, p. 357.

28 La actividad empresarial puede producir daños medioambientales, concentración industrial, especulación del suelo, etc. Aquellas empresas que se desentiendan de estos costes indirectos estarán trasladando parte de sus costes a la sociedad y, por lo tanto, operando en unas condiciones más favorables que las empresas que sí se hagan cargo de dichos costes. La Responsabilidad Social Corporativa en este sentido se encarga de determinar el grado de responsabilidad de la empresa. Al respecto *vid*. BUENO CAMPOS, Eduardo, CRUZ ROCHE, Ignacio y DURÁN HERRERA Juan José, *Economía de la empresa. Análisis de las decisiones empresariales*, Pirámide, Madrid, 2002, Reimpresión, p. 86. De similar forma, se ha afirmado que las empresas, como las personas físicas, tienen no solo derechos sino también obligaciones y responsabilidades por las consecuencias de sus acciones (externalidades). Por ello, las empresas deben comportarse con autocontención y autocontrol, *vid*. DOMÍNGUEZ MARTÍN, Rafael, "La dimensión internacional de la responsabilidad social de la empresa", en LÓPEZ CUMBRE, Lourdes (Coord.), *Autonomía y heteronomía en la responsabilidad social de la empresa*, Comares, Granada, 2012, p. 18. En similares términos, se ha descrito la denominada triple cuenta de resultados (o *triple botton line*) que sostiene que el valor de una empresa incluye, además de su patrimonio y beneficios, dos conceptos menos tangibles: toda actividad positiva que la empresa sea capaz de desplegar a favor del medio ambiente y de la colectividad humana TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo, "Reflexiones sobre la naturaleza jurídica de la responsabilidad social de la empresa", en LÓPEZ CUMBRE, Lourdes (Coord.), *Autonomía y heteronomía en la responsabilidad social de la empresa*, Comares, Granada, 2012, p. 1024.

29 La Teoría *Stakeholder*, por oposición a los shareholder (accionistas), fue desarrollada por primera vez por Freeman en FREEMAN, R. Edward, *Strategic Management: A stakeholder approach*, Pitman Press, Boston, 1984. Ha sido reiterada y perfeccionada más tarde, *vid*. FREEMAN, R. Edward, WICKS, Andrew C. Y PARMAR, Bidhan, "Stakeholder Theory and «The corporate objetive revisited»", en *Organization Science*, vol. 15, núm. 3, may-june 2004, p. 367. Así, se ha afirmado que cada una de las actividades de la cadena de valor de una compañía, afecta a las comunidades donde esta opera, PIZZOLANTE NEGRÓN, Italo, *De la responsabilidad social empresarial a la empresa socialmente*, Ediciones Ciencias Sociales, Madrid, 2009, p. 73. Por tanto, los stakeholders son todos aquellos sujetos que de una u otra manera van a verse afectados por

El control de la actuación de los proveedores también constituye un objetivo clave de las empresas transnacionales para garantizar su buena popularidad entre sus clientes. En este sentido, debe señalarse que las actuaciones de proveedores y contratistas, vulnerando derechos básicos, tienen en muchas ocasiones las mismas consecuencias negativas para la reputación de las empresas transnacionales que si dichas conductas hubieran sido cometidas directamente por personal de la compañía principal. Por tanto, es entendible que la empresa desee controlar los posibles efectos negativos pueda generar a su negocio derivados de la actuación incontrolada de terceros[30].

El desarrollo de la responsabilidad social corporativa en las empresas ha avanzado a través de tres tipos instrumentos. Puede distinguirse entre declaraciones unilaterales, bilaterales y multilaterales[31].

Las declaraciones unilaterales, denominadas habitualmente códigos éticos, son redactadas exclusivamente por las empresas, sin contar con la colaboración y mucho menos con la negociación de organizaciones sindicales o del Comité de Empresa Europeo.

---

las decisiones empresariales. Tales como: accionistas, trabajadores, consumidores, familiares de empleados, trabajadores de empresas suministradoras o contratistas, *vid*. CALVO GALLEGO, Francisco Javier y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel C., "Responsabilidad Social Corporativa: ¿Un nuevo instrumento para las políticas laborales?" en FERNÁNDEZ LÓPEZ Mª Fernanda (Dir.), *Política social Europea y Comunidades Autónomas*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2007, p. 340.

30 En este sentido, se ha señalado que la motivación que explica la existencia de estos instrumentos es más mercantil que laboral, *vid*. SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, "Códigos de conducta para proveedores y contratistas en empresas multinacionales españolas", en SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo (Dir.), *La dimensión laboral de la internacionalización de la empresa española*, Cinca, Madrid, 2014, p. 204.

31 OJEDA AVILÉS, Antonio, *Derecho Transnacional del Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 361. También denominadas autorreguladas, negociadas y heterorreguladas. No obstante, existen otros criterios diferenciadores, por ejemplo, otro más transversal y que, por tanto, discrimina peor entre los diferentes instrumentos de responsabilidad social corporativa, es el que diferenciar según las responsabilidades derivadas de los instrumentos de responsabilidad social corporativa. Según este criterio puede diferenciarse entre responsabilidades primarias, secundarias y terciarias. Las responsabilidades primarias se consideran inherentes a la actividad específica de la empresa, su falta de conocimiento puede provocar la situación de supervivencia empresarial. Las responsabilidades secundarias intentan mejorar los resultados de esa misma actividad específica en los grupos sociales interdependientes de la empresa. Finalmente, las responsabilidades terciarias van orientadas a actuaciones de la empresa para mejorar su entorno social, más allá de su actividad específica, *vid*. SALAS OLLÉ, Carles, RODRÍGUEZ LUNA, Javier y SARO OTS, Héctor, "La responsabilidad social corporativa: economía social y ISO 26000", en Congreso Internacional de Prevención de Riesgos Laborales: "Eighth International Conference on Occupational Risk Prevention", 2010, p. 8.

Las declaraciones multilaterales participan tanto representantes de la dirección empresarial, como de los trabajadores y, además, pueden participar representantes de los Estados y/o de organismos internacionales[32].

Finalmente, los instrumentos bilaterales o negociados –los acuerdos marco globales– son "instrumentos negociados entre las empresas transnacionales y los sindicatos mundiales, que tienen por finalidad establecer unos estándares mínimos de condiciones básicamente laborales, en virtud de los cuales las partes firmantes se comprometen a hacerlos cumplir en todos los países en los que operan, e incluso, en empresas subcontratadas o proveedores"[33]. Su carácter negociado les dota de unas características particulares y de una proyección de futuro que no poseen los códigos unilaterales[34].

Todos estos instrumentos tienen en cuenta, como ya se ha señalado, tanto a trabajadores –dimensión interna de la responsabilidad social– como a otros sujetos que se puedan ver afectados por la actividad de la empresa, los *stakeholders* –dimensión externa–. Es en el perfeccionamiento y mejora de la eficacia de esta vertiente exterior de la responsabilidad social donde el algoritmo y el *big data* pueden adquirir una notable relevancia.

Las empresas suelen hacer una regulación extensiva de la dimensión externa, es decir, con vocación de que alcance a todos los subniveles de su cadena de producción[35]. Pues cualquier sujeto que participe en la producción e incumpla el estándar ético marcado por la matriz puede provocar un daño reputacional irreparable para la compañía.

Sin duda, tratar de proyectar principios éticos sobre la gestión de los proveedores y contratistas merece una valoración positiva. La descentralización productiva imperante, sobre todo en empresas transnacionales, provoca que una

32 Estos acuerdos son fundamentalmente impulsados por los gobiernos (*goverment-driven*) con el objetivo de persuadir a las compañías transnacionales para que incorporen enfoques de resolución de problemas que han sido tradicionalmente consideradas como áreas de responsabilidad pública, CHAHOUD, Tatjana, "International instruments for Promoting Corporate Responsability (CSR)", *German Development Institute*, Briefing paper, 2/2005, p. 2.

33 En palabras de SOLER ARREBOLA, José A., "Los acuerdos marco internacionales…", *op. cit.*, p. 163.

34 GORDO GONZÁLEZ, Luis, *La representación de los trabajadores en las empresas transnacionales*, Tirant lo Blanch, 2019, p. 457.

35 Así ha sido puesto de manifiesto por CALVO GALLEGO, Francisco Javier, *Códigos éticos y derecho de los trabajadores. Una aproximación a la práctica de en las empresas españolas*, Bomarzo, Albacete, 2008, p. 27.

aplicación de la responsabilidad social corporativa circunscrita exclusivamente a la empresa principal tenga un alcance muy limitado. De hecho, teniendo en cuenta que las matrices de empresas transnacionales se encuentran situadas en Estados desarrollados, con legislaciones laborales más avanzadas que los principios genéricos que suelen contener estos, un instrumento de responsabilidad social corporativa que no se aplique a la cadena de producción no tendría aplicabilidad práctica.

Sin embargo, existen problemas que dificultan la aplicabilidad de estos instrumentos en su dimensión externa. En primer lugar, la extensión de la responsabilidad social corporativa a los proveedores debe contar siempre con la cooperación y buena voluntad de las empresas transnacionales. De lo contrario, muy difícilmente podrán las federaciones sindicales internacionales potenciar, imponer o controlar la responsabilidad social corporativa externa, ya que estas desconocerán la localización de los suministradores que presten servicios para la empresa principal. Por ello, sería recomendable la revelación periódica de los emplazamientos de las empresas implicadas en la cadena de producción de las empresas transnacionales[36].

No obstante, las propias direcciones empresariales pueden encontrarse con dificultades a la hora de controlar a sus suministradores, dada la extensión y complejidad de las largas cadenas de producción descentralizada a través de diversos países[37]. El control que la empresa principal, una sociedad privada, puede hacer sobre empresas localizadas en otros Estados es muy limitado y en buena parte depende de la buena fe y la colaboración de los proveedores y subcontratistas, y de la influencia comercial que pueda desarrollar sobre ellos en función de los ingresos que les reporte. Los proveedores pueden mentir sobre su compromiso ético o pueden recurrir a subcontratistas sin que la empresa principal tenga conocimiento de ello. En cualquier caso, sea de forma consciente o inconsciente,

36 *Vid*. MILLER, Doug, "La política de la FITTVC sobre el diálogo transfronterizo en el sector textil, del vestido y el calzado: estrategias emergentes en un sector regido por códigos de conducta y empresas reticentes", en PAPADAKIS, Konstantinos (ed.), *Diálogo Social y Acuerdos Transfronterizos*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2009, p. 215.

37 Así, se ha señalado que cuanto más estrecha y duradera es la relación de la empresa principal con los proveedores, tanto más fácil es la aplicación de la responsabilidad social corporativa externa. Y cuanto más larga es la cadena de producción y más complejos los estratos de contratistas y subcontratistas, más compleja es la exigibilidad de responsabilidades a las empresas secundarias por parte de la empresa principal, DILLER, Janelle, "¿Una conciencia social en el mercado mundial? Dimensiones laborales de los códigos de conducta, el etiquetado social y las iniciativas de los inversores" en *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 118, núm. 2, 1999, p. 122.

tengan o no el propósito de evitar la aplicación del código ético de la principal, lo cierto es que la actitud de los contratistas y proveedores puede dificultar sobre manera el control de la cadena que puede ejercer la principal[38].

Es precisamente en este punto donde los algoritmos, el *big data* y la inteligencia artificial pueden revolucionar la eficacia de los instrumentos internacionales, especialmente de los acuerdos marco globales.

En primer lugar, las partes negociadoras deben incorporar estos medios técnicos como fórmula para poder determinar los vínculos entre toda la cadena de subcontratación. Es cierto, como han señalado en ocasiones las direcciones de las empresas, que algunas grandes corporaciones pueden no conocer algunas subcontrataciones o proveedores de sus propios proveedores y subcontratistas. Los procesos combinados de bog data, algoritmos e inteligencia artificial pueden resolver este problema y permitir el conocimiento exacto de la cadena de producción.

En segundo lugar, la efectividad de los instrumentos de responsabilidad social corporativa –tanto unilaterales como bilaterales– ha sido limitada, porque no se ha aplicado a toda la cadena de producción, ni siempre se ha controlado su aplicación en las empresas subcontratistas, ni tampoco se han previsto sanciones eficaces contra posibles incumplimientos[39]. De nuevo, estos problemas podrían quedar total o parcialmente resueltos con la incorporación de algoritmos de control.

Una vez que la cadena de producción es conocida, hasta la última de las empresas y proveedores que intervenga en el proceso productivo, es más senci-

38 En cualquier caso, el control que se pretenda ejercer sobre los proveedores o contratistas no siempre será el mismo. En atención al grado de exigibilidad que se pretenda ejercitar sobre los colaboradores externos podremos diferenciar entre instrumentos con una intensidad débil, media o fuerte, Al respecto, SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, "Los alcances de la responsabilidad social de las empresas multinacionales: del grupo a la cadena de producción" en *Revista General de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, núm. 22, 2010, pp. 505-511 y FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Juan José, "Los sujetos protagonistas de los acuerdos marco internacionales" en *Revista General de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, núm. 28, 2012, pp. 11-13.

39 MERINO SEGOVIA, Amparo y RENTERO JOVER, Antonio, "Fórmulas atípicas de regulación de las relaciones laborales en la empresa transnacional: códigos de conducta y buenas prácticas" en BAYLOS GRAU, Antonio (Coord.), *La dimensión europea y transnacional de la autonomía colectiva*, Bomarzo, Albacete, 2003, p. 284; VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo, *Los acuerdos marco sobre la estructura de la negociación colectiva: naturaleza jurídica, eficacia, contenido*, Comares, Granada, 1998, pp. 192-223.

llo que los medios de control que habitualmente incluyen los instrumentos de responsabilidad social corporativa puedan ser aplicables[40].

Asimismo, además de esos medios de control, sería posible e incluso deseable que el propio convenio contemplara la imposición de sanciones a los incumplidores. Así, por ejemplo, si fruto del análisis de los datos el algoritmo determina que algún proveedor no está cumpliendo con las obligaciones contenidas en el instrumento de responsabilidad social corporativa aplicable, este podría directamente suspender las adquisiciones a este proveedor, dando un plazo para subsanar la infracción o prescindiendo de sus servicios en caso de incumplimientos graves.

En cualquier caso, este proceso automático también podría ser supervisado, con carácter previo o posterior a la toma decisión, por un supervisor humano que garantice que efectivamente la decisión adoptada es correcta y necesaria.

Finalmente, el uso del algoritmo cuando afecte a las condiciones laborales de los trabajadores de la empresa transnacional debe quedar condicionado a la negociación de su contenido y límites con la representación de los trabajadores. Obviamente dicha negación solo puede ser sustanciada en el marco del único instrumento internacional negociado, el acuerdo marco global.

El acuerdo entre empresa y representantes de los trabajadores permitiría garantizar que el algoritmo use el menor número posible de información para cumplir con el objetivo programado, cumpliendo así con el juicio de proporcionalidad en su funcionamiento. Asimismo, la participación de los representantes de los trabajadores aseguraría también que el algoritmo no incurre en algún tipo de discriminación –sea esta deseada y buscada o no por la compañía–.

En cualquier caso, la negociación requiere que previamente ambas partes cuenten con los conocimientos necesarios para poder entablar un debate en igualdad de condiciones. Obviamente, la empresa que desarrolla el algoritmo tendrá los técnicos necesarios para su propio asesoramiento. Los sindicatos, por su parte, no necesariamente contarán con personal especializado para dicha tarea. Así, sería ciertamente recomendable que empiecen a formar a su personal

40 Se han descrito diferentes medios de control de la eficacia de los instrumentos de responsabilidad social corporativa, entre otros: la información y publicidad de los propios instrumentos, el control por los trabajadores y sus representantes, la creación de departamentos internos de responsabilidad social corporativa o la contratación de auditorías externas, vid. GORDO GONZÁLEZ, Luis, *La representación de los trabadores…*, *op. cit.*, pp. 529 y ss.

para poder cumplir de forma satisfactoria con esta tarea. No obstante, hasta que dicha autonomía sea una realidad, sería muy positivo que los acuerdos marco también incluyan cláusulas formativas en los acuerdos.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN: RETOS Y OPORTUNIDADES

La consolidación de la tecnología en el centro de trabajo es uno de los retos clave a los que debe enfrentarse el Derecho del Trabajo. La introducción del correo electrónico, el abaratamiento de los sistemas de geoposicionamiento, las llamadas VOIP o la extensión de los algoritmos están suponiendo un cambio radical en la manera en la que las empresas desarrollan su actividad.

En la actualidad, lamentablemente, ni a nivel nacional ni internacional parece haberse logrado incorporar los instrumentos jurídicos suficientes para disciplinar adecuadamente la nueva realidad productiva fruto de la aplicación de la tecnología al mundo laboral. Baste poner como ejemplo el debate aún abierto sobre si la prestación de servicios de los trabajadores de plataformas digitales se hace por cuenta ajena o de forma autónoma o los procesos judiciales recurrentes en los que los tribunales deben ponderar entre el derecho a la intimidad y a la protección de datos y el derecho a ejercer el control empresarial de la actividad del trabajador.

A nivel transnacional el reto es incorporar el *big data*, el algoritmo y la inteligencia artificial como herramientas para mejorar la eficacia de los acuerdos marco globales. Ello facilitaría la compilación de información de múltiples fuentes, lo que a su vez permitiría detectar incumplimientos del contenido de estos instrumentos de responsabilidad social corporativa entre la extensa cadena de subcontratación, no siempre clara, de las empresas transnacionales. Asimismo, ello posibilitaría la imposición de sanciones automáticas por el propio algoritmo o supervisadas por personal.

En esa tarea, se deben conjugar los riesgos que esta combinación tecnológica presenta. Es decir, deben arbitrarse los medios necesarios para no crear un gran hermano "orwelliano" que tenga acceso y controle todos los aspectos de la vida de trabajadores y *stakeholders*. Debe minimizarse la información que debe ser recabada y almacenada por el algoritmo y, sobre todo, facilitar una información fiable y trasparente de la información obtenida, del uso y de las variables observadas por el algoritmo a la representación de los trabajadores.

Estrechamente conectado con lo anterior, debería incorporarse a los debates entre los agentes sociales para alcanzar un acuerdo marco global la negociación sobre el contenido y límites de los algoritmos en la toma de decisiones empresariales. Ello por una parte para reducir, como se acaba de señalar los riesgos de afectación de estas tecnologías a los derechos de los trabajadores. Por otra parte, es necesario que el contenido del algoritmo sea negociado porque cada vez más influye en la adopción de decisiones empresariales –por ejemplo, para decidir nuevas inversiones, para extinguir los contratos de los trabajadores menos productivos o para ofrecer nuevos productos en un mercado–. Por tanto, es necesario que la representación de los trabajadores no solo reciba información sobre estos instrumentos, sino que pueda negociar con las matrices de las empresas transnacionales sus límites y contenido.

INTEGRACIÓN ECONÓMICA, COMERCIO INTERNACIONAL Y DERECHO DEL TRABAJO. ESPECIAL REFERENCIA A LA CLÁUSULA SOCIAL EN LOS ACUERDOS COMERCIALES CELEBRADOS ENTRE ESTADOS UNIDOS Y PAÍSES DE CENTRO Y SUR AMÉRICA

OSCAR HERNÁNDEZ ÁLVAREZ

Abogado de la Universidad Central de Venezuela. Estudios de perfeccionamiento en Derecho Sindical y del Trabajo la Universidad La Sapiencia, Roma. Doctor en Derecho de la Universidad de Carabobo. Ex Presidente y ex Secretario General de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela y del Instituto Venezolano de Derecho Social. Miembro Correspondiente de la Academia de Ciencias de la República Dominicana. Fue Vice-Presidente de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Profesor de Derecho del Trabajo y de Derecho Comparado del Trabajo en varias universidades.

ABSTRACT: This presentation summarizes the continuation of an investigation that the author has been carrying out on the labor effects of the experiences of economic integration in and trade agreements in Latin America. Considering the space limitations established in Congress, it is limited to the social clauses incorporated in the trade treaties and agreements signed between the United States and several Central and South American countries and does not address the North American experience. In the commercial treaties and agreements examined, a chapter dedicated to the labor issue was incorporated. Although it cannot be verified that such social clauses have had significant effects on the labor relations of the countries involved, there may be particular cases in which they have had an influence. It is concluded that with the development that these commercial mechanisms present, they could become an instrument that helps in the task of protecting fundamental rights at work.

KEYWORDS: international trade, social clauses, fundamental rights at work.

1. LA INTEGRACIÓN REGIONAL EN EL MARCO DE UN MUNDO GLOBALIZADO.

Los procesos de integración económica regional son, históricamente, anteriores a la realidad globalizadora que caracteriza al mundo de nuestros días. Desde antiguo, estados geográficamente vecinos intentaron fortalecer lazos de intercambio y de auxilio en sus economías. El siglo pasado, portentoso en la innovación y en el descubrimiento en los más diversos campos, vio como este tradicional avecinamiento entre las economías nacionales de una misma área geográfica, logró expresarse en verdaderos procesos de integración regional, productores de estructuras institucionales, de políticas económicas y sociales trasnacionales, que involucraron estados, empresas y ciudadanos, mucho más allá de los usuales términos del intercambio económico tradicional. Muchos fueron los procesos de integración regional iniciados en el Siglo XX. El europeo es, sin duda, el más pleno de realizaciones y enseñanzas.

Pero si siempre existieron procesos de intercambio comercial y desde inicios del siglo pasado ellos lograron concretarse en algunos mecanismos de integración económica regional, es de señalar que, a partir del último tercio del Siglo XX, en la medida en que la economía se fue globalizando, la integración regional se fue convirtiendo en un peculiar instrumento, que al mismo tiempo que servía de promotor de la corriente globalizadora, generaba defensas para

que las economías nacionales y regionales pudieran participar adecuadamente en las nuevas realidades económicas.

A inicios del siglo XX Lenin describió al imperialismo como la fase superior del capitalismo. Ese siglo XX, que vio entronizarse y derrumbarse sistemas políticos inspirados en las ideas marxistas-leninistas, generó, más allá del imperialismo, una nueva y universal fase del capitalismo: la globalización. Y es que ésta, como bien lo señalaba Oscar Ermida Uriarte, "puede ser reducida, en su más íntima esencia, a la expansión y profundización de la economía capitalista y de sus postulados teóricos, tales como libre competencia, mercado, libre cambio, incremento de exportaciones, etc. y al predominio del capital financiero."[1]

El capital de nuestros días no tiene patria ni ama las fronteras. Las grandes empresas rebasan las identidades nacionales y no juegan su suerte al destino de un imperio determinado. Lo que importa es la presencia activa en un mercado libre, competitivo y universal. Para el logro de ese mercado no son requeridas dominaciones políticas ni territoriales. Están quedando atrás las épocas de las guerras coloniales, en las cuales las grandes potencias luchaban para conquistar territorios que permitieran asegurar mercados a sus empresas nacionales. Ya está formando parte del pasado la política de los estados imperialistas que derrocaban gobiernos e interferían sistemas políticos para que sus empresas nacionales tuvieran asegurados mercados para comprar materias primas y vender productos manufacturados. La gran empresa capitalista de hoy no se siente existencialmente vinculada a un determinado país, o al menos, no en los términos tan estrechos como ocurría en otros momentos históricos. Sólo aspira a comprar y vender a todo lo ancho y largo del globo. No requiere de que un Estado establezca un dominio territorial o político que asegure sus operaciones, pero tampoco quiere, ni admite, que ningún Estado y, bajo ningún pretexto, se las obstaculice.

Las empresas multinacionales son las dueñas del capital en el mundo globalizado, manejan el mercado e influyen decisivamente en los organismos nacionales e internacionales que establecen las reglas para su funcionamiento. En esta lógica de funcionamiento, las soberanías nacionales se debilitan cada vez más, los gobiernos son cada vez menos dueños del poder y las economías nacionales están más a merced de la economía globalizada. En términos muy

1 Oscar Ermida Uriarte, Derechos Laborales y Comercio Internacional, ponencia presentada al V Congreso Regional Americano de Derecho del trabajo y Seguridad Social, Lima, 2.001.

gráficos Ermida decía "Ser local en un mundo globalizado es una minusvalidez"[2]. Por ello, la integración regional se ha convertido en una opción que facilita que las economías nacionales, fortalecidas mediante su participación en un acuerdo de integración regional, puedan participar de una manera más adecuada en el juego económico globalizado. Frente a la dinámica de la globalización, la economía nacional de un país luce impotente. Sólo en casos excepcionales alcanzará la categoría de interlocutor. Ello es más posible cuando se trata de una economía inmersa en un acuerdo de integración regional. Europa, como Unión, tiene una capacidad de defensa de sus peculiares intereses muy superior a la que individualmente podría lograr el más desarrollado de sus estados miembros. En América, en el contexto de la eventual existencia futura de un área de libre comercio, iniciativa que fue propulsada sin éxito en las décadas pasadas por los Estados Unidos, el grave desbalance proveniente de la existencia de economías con un nivel de desarrollo altamente diferenciado, podría atenuarse si dentro de ese posible proceso los estados latinoamericanos participasen en función de acuerdos de integración subregional bien estructurados y con un adecuado funcionamiento.

Por todo lo expuesto, en las últimas décadas los procesos de integración regional adquirieron una importancia que va más allá de sus características y ventajas tradicionales. Esa óptica ayuda a explicar los formidables avances logrados en las últimas décadas la Unión Europea.

La idea de la integración ha estado presente en el pensamiento latinoamericano desde la época misma de la independencia[3]. Sin embargo, puede decirse que en esta materia, al igual que en otras, en América Latina ha privado la retórica sobre la acción efectiva. En efecto, las iniciativas tomadas, desde hace muchos

2 Ibidem p. 287.

3 Ya en 1.815, estando exiliado, Simón Bolívar, Libertador de varios países sudamericanos, escribía en uno de sus documentos políticos más importantes, conocido con el nombre de Carta de Jamaica: "Es una idea grandiosa pretender formar de todo el Mundo Nuevo una sola nación con un solo vínculo que ligue sus partes entre sí y con el todo. Ya que tiene un origen, una lengua, unas costumbres y una religión, debería, por consiguiente, tener un solo gobierno que confederase los diferentes estados que hayan de formarse; más no es posible, porque climas remotos, situaciones diversas, intereses opuestos, caracteres desemejantes, dividen a la América. Que bello sería que el Istmo de Panamá fuese para nosotros lo que el Corinto para los Griegos!. Ojalá que algún día tengamos la fortuna de instalar allí un augusto congreso de los representantes de las repúblicas, reinos e imperios, a tratar y discutir sobre los altos intereses de la paz y de la guerra, con las naciones de las otras partes del mundo". Simón Bolívar, Obras completas, Librería Piñango, Caracas, Vol. I, p. 172.

años, por los países latinoamericanos en materia de integración económica regional distan mucho de haber logrado una real efectividad como la alcanzada por la Unión Europea.[4] Los acuerdos de integración en América Latina, al contrario de lo que ocurrió en la Unión Europea, no han comportado hasta ahora aportes importantes para el sistema de fuentes de Derecho del Trabajo en América Latina, al punto de que la mayor parte de los instrumentos formulados en el marco de tales acuerdos, más que verdaderos sistemas normativos, constituyen expresiones de un laudable esfuerzo que no logra una plena realización.

Aun cuando los acuerdos de integración económica regional son, obviamente, instrumentos de naturaleza económica y no están primordialmente destinados a tratar asuntos de orden social o específicamente laboral, las estrechas relaciones que se producen entre la realidad económica y la realidad social determinan que tales acuerdos produzcan indefectiblemente efectos en el orden laboral. Entre esos efectos podemos mencionar los siguientes:

a) la unificación y armonización del Derecho del Trabajo
b) libre circulación de trabajadores y coordinación de los sistemas de seguridad social y r reforzamiento de normas y políticas antidiscriminatorias;
c) diseño y ejecución de políticas sociales comunes o armonizadas;
d) promoción del diálogo social nacional e internacional;
e) fomento de la cláusula social; y
f) tendencia a la internacionalización de las relaciones de trabajo. [5]

2. LA CLÁUSULA SOCIAL

Con el nombre genérico de "cláusula social" se denominan en la doctrina a aquellos mecanismos previstos en la política comercial de un estado o en un acuerdo comercial suscrito entre varios estados con la finalidad de contribuir a promover el cumplimiento de determinados derechos importantes de los trabajadores en los diversos países involucrados en las relaciones comerciales a que

4 Una relación de los acuerdos de integración latinoamericanos puede verse en mi artículo El Derecho del Trabajo en las experiencias latinoamericanas de integración regional en El trabajo desde diversas miradas, Yamile Delgado de Smith y Jacqueline Richter,(Coordinadoras), Universidad Central de Venezuela y Universidad de Carabobo, Valencia 2003, pp. 225 y ss

5 Ibidem, pp.228 a 239

se aplica tal política o tal acuerdo, de manera tal que el otorgamiento de ciertos beneficios o ventajas comerciales, previstos en la referida política o acuerdo comercial, se condicionan a la observancia de tales derechos.

Entendida en los términos anteriores, para el estudio de "la cláusula social" es importante considerar aspectos tales como su fundamento, su fuente, su objeto y sus mecanismos sancionatorios.

El planteamiento de la necesidad de incorporar cláusulas sociales a los mecanismos comerciales, puede ubicarse como una nueva manifestación de una tradicional inquietud que es coetánea e incluso previa al nacimiento del Derecho del Trabajo como disciplina jurídica autónoma. La existencia, en un determinado país, de normas protectoras del trabajo constituye un costo que podría ser desventajoso para la competitividad internacional del mismo frente a otros países que concurran al mercado y que carezcan de tales normas. Esta preocupación fue planteada durante décadas por los precursores de la regulación internacional del trabajo. La misma está recogida en el Preámbulo de la Constitución de la O.I.T., 1.919, cuando expresa: "si cualquier nación no adoptare un régimen de trabajo realmente humano, esa omisión constituiría un obstáculo a los esfuerzos de otras naciones que deseen mejorar la suerte de sus trabajadores en sus propios países." Pero la sustentación teórica de la idea actual de la cláusula social va más allá de esta preocupación tradicional, ya que se encuentra vinculada, además, a las modernas concepciones sobre la universalidad de los derechos humanos fundamentales. En este sentido Racciati apunta "la vinculación de una política de comercio internacional con el respeto de los derechos humanos en los países con los cuales se mantienen relaciones comerciales tiene un doble fundamento: (i) el de evitar la competencia desleal de los países con condiciones de trabajo que desconocen los derechos mínimos aceptados internacionalmente (ii) el de promover internacionalmente el respeto de los derechos fundamentales mediante todos los mecanismos posibles"[6].

La cláusula social tiene su fuente en instrumentos relativos al comercio internacional, los cuales pueden ser de diferentes modalidades. Puede constar en el texto de un acuerdo comercial bilateral, multilateral, regional o mundial en el cual las partes acuerdan determinadas medidas para fomentar o proteger

6 Octavio Racciati , Derechos Humanos, Derecho Laboral y Relaciones Comerciales Internacionales, ponencia presentada al V Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Lima, Septiembre 2.001, p. 324.

el respeto de ciertos derechos sociales fundamentales, previendo determinadas consecuencias para aquellos países que no observen tal respeto. También pueden ser unilateralmente establecidas por un estado o por un grupo de estados. En fin, se ha producido el caso de que una empresa multinacional o grupo de empresas multinacional ha establecido que sus filiales deben observar determinadas normas sociales o ambientales y que tienen restricciones para el establecimiento de relaciones comerciales con estados o empresas que no den cumplimiento a tales normas. Estos denominados "códigos de conducta" provocan interesantes discusiones acerca de su naturaleza jurídica y acerca del alcance del carácter vinculante o no de sus disposiciones.[7]

El objeto de la cláusula social es fomentar el respeto a determinados derechos sociales o ambientales cuyo cumplimiento es considerado fundamental. Tales derechos pueden ser expresamente establecidos en la cláusula social, pero también puede ocurrir que, para determinar cuales son los derechos cuya observancia reclama, la cláusula social remita al contenido normativo de cartas o declaraciones sociales o a acuerdos internacionales del trabajo. También puede ocurrir que la cláusula social se concrete a exigir el cumplimiento de las respectivas legislaciones nacionales.

En general, puede decirse que el mecanismo sancionatorio previsto por la cláusula social consiste en que el Estado o grupo de Estados que la establecen unilateralmente o los acuerdos bilaterales o multilaterales que la contienen, según sea el caso, condicionan el otorgamiento de preferencias arancelarias u otras ventajas similares previstos en su política comercial al hecho de que se observen determinadas normas sociales o ambientales.

La adopción de una cláusula social ha sido largamente discutida en el marco de la Organización Mundial de Comercio, pero no se ha obtenido ningún resultado positivo en cuanto a su inclusión en los acuerdos generados en dicha organización mundial, así como tampoco lo fue en el precedente Acuerdo General Sobre Aranceles y Comercio (GATT), siendo de observar que mientras en éste último se incluía un artículo (VII) que reconocía que las condiciones inequitativas de trabajo, especialmente en la producción destinada a la exportación, creaba dificultades en el comercio internacional, debiendo cada miembro adoptar cualesquiera medidas que fueran apropiadas y factibles para hacer desaparecer

7 Oscar Hernández Alvarez, Los códigos de Conducta en América Latina en Libro Homenaje a Antonio Monteiro Fernandes, Nova Causa, Lisboa, 2017

en su territorio tales condiciones, en los acuerdos que crean la OMC no se hace referencia explícita a los derechos de los trabajadores. Por ello parecería que el ámbito universal resulta refractario a la adopción de tal tipo cláusula.

Por el contrario parece que resulta mucho más fácil la adopción unilateral de una cláusula social unilateralmente por un Estado, un grupo de Estados o en el ámbito de un acuerdo de integración ya que en estos casos existen menores dificultades para lograr los factores de coincidencia requeridos para la formulación de la cláusula. En este sentido puede señalarse la adopción de importantes cláusulas sociales por la Ley de Comercio Exterior de los Estados Unidos de América de 1.974 que estableció el Sistema General de Preferencias que determina que el Gobierno de los Estados Unidos elimine del régimen de franquicias aduaneras a los países que no respeten los derechos fundamentales de los trabajadores. Asimismo, la Unión Europea adoptó varios reglamentos que establecen cláusulas sociales. En el marco de los acuerdos de integración regional, además del caso europeo, puede señalarse que el Acuerdo de Cooperación Laboral complementario del Tratado de Libre Comercio de América del Norte establecía mecanismos de control de la aplicación de la legislación laboral de los países miembros, En el próximo punto de este trabajo se analizan las nuevas manifestaciones de la cláusula social en los acuerdos comerciales celebrados en América durante el presente siglo.

3. LA CLÁUSULA SOCIAL EN LOS ACUERDOS COMERCIALES CELEBRADOS ENTRE ESTADOS UNIDOS Y PAÍSES DE CENTRO Y SUR AMÉRICA

En la década de los noventa los Estados Unidos promovieron la celebración de un Acuerdo de Libre Comercio para las Américas (ALCA). En la I Cumbre de las Américas celebrada en 1994 se aprobó preliminarmente ese acuerdo. Con posterioridad, varios países, principalmente Venezuela, Argentina y Brasil, presentaron serias objeciones al proyecto de acuerdo, alegando, entre otras cosas, que las profundas diferencias entre las economías de los países de América no hacían viable un tratado como el propuesto por los Estados Unidos. En la IV Cumbre de las Américas celebrada en Mar del Plata en 2005 el ALCA quedó prácticamente descartado. En contraproposición a esa propuesta el presidente Chávez de Venezuela promovió un tratado sobre la Alianza Bolivariana para los pueblos de las Américas (ALBA), la cual, en los hechos, constituye más un acuerdo de naturaleza política e ideológica, que uno de carácter comercial.

Dado el fracaso del ALCA, los Estados Unidos cambiaron su estrategia y promovieron la firma de acuerdos o tratados de promoción comercial comerciales sectoriales con varios países americanos. Así, celebraron acuerdos de este tipo con Chile (2003), Centro América y República Dominicana (2004), Colombia (2006) y Perú (2006).

En todos estos tratados se incluye un capítulo referente al tema laboral, lo cual constituye, desde el punto de vista social, un progreso frente a los tradicionales tratados comerciales de tendencia solamente economicista.

Los capítulos laborales de los acuerdos celebrados con Chile, Centroamérica y República Dominicana, Colombia y Perú tienen un contenido bastante similar. En general comprenden los mismos aspectos y establecen una regulación bastante parecida, aun cuando en algunos casos presentan particularidades diferentes. Al examen de estos aspectos está dedicado el tercer punto de esta ponencia.

3.1. Compromiso de los signatarios con la OIT y con los derechos fundamentales del trabajo

Todos los acuerdos inician con una declaración de principios mediante la cual las partes reafirman sus obligaciones como miembros de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y sus compromisos asumidos en virtud de la Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento (1998). Es de observar que de los ocho acuerdos declarados como fundamentales en tal declaración, Estados Unidos ha ratificado solamente dos, relativos al trabajo forzosos y a las peores formas de trabajo infantil, mientras que Perú, Panamá, Colombia, República Dominicana, Costa Rica, Nicaragua, Honduras, El Salvador y Guatemala los han ratificado todos.

En los acuerdos con Chile, Colombia y Centroamérica y República Dominicana se hace una declaración general según la cual las partes procurarán asegurar que los principios laborales y los derechos laborales internacionalmente reconocidos, a los cuales se refieren los respectivos acuerdos (los contenidos en la Declaración de Derechos Fundamentales de la OIT) sean reconocidos y protegidos por su legislación interna. Por su parte en los Acuerdos con Panamá y Perú la declaración es más específica, pues se dice concretamente que las partes están obligadas a adoptar y mantener en sus leyes y reglamentos, y su

correspondiente aplicación, los derechos a la libertad de asociación, al reconocimiento efectivo del derecho a la negociación colectiva, a la eliminación de toda forma de trabajo forzoso u obligatorio, a la abolición efectiva del trabajo infantil, la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y a la eliminación de la discriminación con respecto al empleo y la ocupación, que se corresponden con las materias reguladas en los denominados acuerdos fundamentales de la OIT

3.2. Prohibición del "dumping" laboral

Desde los inicios de la lucha por la protección de los trabajadores se planteó la preocupación de que la existencia de disparidades en los niveles de protección del trabajo en los distinto países constituía un serio obstáculo para el desarrollo de los sistemas tutelares. Este obstáculo se hace mayor cuando un país, a fin de obtener ventajas en la competencia comercial, reduce el nivel de protección de sus trabajadores a fin de disminuir el costo de producción lo cual le permite ofrecer sus mercancías con ventajas competitivas. Ya en 1838 advertía: "Un solo medio de realizar una reforma social y reglamentar el trabajo evitando consecuencias desastrosas: adoptar al mismo tiempo medidas parecidas en todos los países industriales que se hacen competencia en el exterior."[8] En el mismo sentido el preámbulo de la Constitución de la OIT (1919) dice: "si cualquier nación no adoptare un régimen de trabajo realmente humano, esta omisión constituiría un obstáculo a los esfuerzos de otras naciones que deseen mejorar la suerte de los trabajadores en sus propios países"[9]

Todos los acuerdos comerciales objeto del presenta trabajo incluyen una cláusula prohibitiva del "dumping" laboral. Los acuerdos con Chile, Colombia, Centroamérica y República Dominicana establecen que "una Parte no dejará de aplicar efectivamente su legislación laboral, a través de un curso de acción o inacción sostenido o recurrente, de una manera que afecte el comercio entre las Partes, después de la fecha de entrada en vigor de este Tratado." Igualmente establecen que las Partes reconocen que es inapropiado promover el comercio o la inversión mediante el debilitamiento o reducción de la protección contemplada en su legislación laboral interna. En conse-

8 J.A. BLANQUI, Curso De Economía Industrial. Paris. 1.838

9 Organización Internacional del trabajo, Constitución, https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:62:0::NO:62:P62_LIST_ENTRIE_ID:2453907:NO

cuencia, cada Parte procurará asegurar que no dejará sin efecto o derogará, ni ofrecerá dejar sin efecto o derogar dicha legislación de una manera que debilite o reduzca su adhesión a los derechos laborales internacionalmente reconocidos como una forma de incentivar el comercio con la otra Parte, o como un incentivo para el establecimiento, adquisición, expansión o retención de una inversión en su territorio.

Los acuerdos con Panamá y Perú tienen una particularidad de carácter restrictivo, pues la prohibición de dejar de aplicar la legislación laboral se refiere únicamente a "los casos en que dejar de aplicar o de otra forma dejar sin efecto dichos instrumentos sería incompatible con un derecho fundamental estipulado en dicho párrafo." (Se refiere al párrafo relativo a los derechos laborales fundamentales a que hace referencia el acuerdo).

3.3. Reconocimiento de la autonomía de las partes

En todos los acuerdos se reconoce la autonomía de las Partes, que reafirman su derecho a establecer y modificar su respectiva legislación laboral, procurando siempre garantizar que sus leyes establezcan normas laborales consistentes con los derechos laborales internacionalmente reconocidos a los cuales se refieren los acuerdos. Asimismo se reconoce el derecho de cada Parte a realizar investigaciones, a ejercer competencia en los asuntos judiciales y a tomar decisiones relativas a la asignación de recursos destinados a la fiscalización de otros asuntos laborales. Se establece expresamente que los acuerdos no autorizan a ninguna Parte para realizar actividades orientadas a hacer cumplir la legislación laboral en el territorio de las otras Partes.

3.4. Garantías procesales

Los acuerdos disponen que cada Parte garantizará que las personas con un interés jurídicamente reconocido conforme a su derecho interno sobre un determinado asunto, tengan adecuado acceso a los tribunales judiciales, sean éstos ordinarios, del trabajo o de otra jurisdicción específica, tribunales cuasi judiciales o tribunales administrativos, según corresponda, para el cumplimiento de la legislación laboral de esa Parte. Las partes de tales procedimientos tendrán derecho a presentar recursos para asegurar la aplicación de sus derechos según su legislación laboral interna.

El convenio con Chile establece la obligación de garantizar que los procedimientos para el cumplimiento de su legislación laboral, sean justos, equitativos y transparentes. El de Panamá especifica que con ese fin, cada Parte asegurará que dichos procedimientos cumplan con el debido proceso legal. Los acuerdos con Colombia, Centro América y República Dominicana y Perú, agregan que, además de cumplir con el debido proceso, cualquier audiencia en dichos procedimientos será abierta al público, excepto en los casos en que la administración de justicia requiera lo contrario; que las partes que intervienen en dichos procedimientos tengan el derecho de apoyar o defender sus posiciones respectivas, incluyendo la presentación de información o pruebas; y que dichos procedimientos no impliquen costos o plazos irrazonables, o demoras injustificadas.

Los Acuerdos con Centroamérica y República Dominicana, Colombia y Perú establecen que cada Parte dispondrá que las resoluciones finales sobre el fondo del caso en tales procedimientos:

a) se formulen por escrito, y señalen las razones en las que se basan las resoluciones;

b) se hagan disponibles, sin demora indebida, a las partes en los procedimientos y, de acuerdo con su legislación, al público; y

c) se basen en información o pruebas respecto de las cuales se haya dado a las partes en l los procedimientos la oportunidad de ser oídas.

Disponen, asimismo que cada Parte garantizará que los tribunales que realizan o revisan tales procedimientos sean imparciales e independientes, y que no tengan ningún interés sustancial en el resultado del asunto. Estas dos últimas precisiones no están contempladas en el acuerdo con Chile.

Una diferencia importante entre el acuerdo con Chile y los celebrados con Centroamérica y República Dominicana, con Colombia y con Perú, está en que en primero de los nombrados se dispone que las resoluciones emanadas de los tribunales judiciales de cada Parte, o los asuntos pendientes de resolución, así como otros procedimientos relacionados, no serán objeto de revisión ni se podrán reabrir en virtud de las disposiciones de este Capítulo. Por el contrario, en los otros acuerdos se establece que cada Parte dispondrá, según corresponda, que las partes que intervienen en los procedimientos tengan el

derecho de solicitar la revisión y, cuando proceda, la modificación de las resoluciones finales emitidas en tales procedimientos.

3.5. Información pública

Los acuerdos disponen que cada Parte promoverá el conocimiento público de su legislación laboral. Los acuerdos con Colombia, Centro América y República Dominicana, Panamá y Perú especifican que ello puede hacerse mediante:

a) la garantía de la disponibilidad de la información pública con respecto a su legislación laboral y los procedimientos para su aplicación y cumplimiento; y

b) la promoción de la educación al público con respecto a su legislación laboral

3.6. Estructura institucional

Los acuerdos con Chile, con Centroamérica y República Dominicana y con Panamá establecen la creación de un Consejo de Consejo de Asuntos Laborales, compuesto por representantes de las Partes de nivel ministerial, el cual tendrá a su cargo supervisar la implementación y revisar el avance de acuerdo con el Capítulo, incluyendo las actividades del Mecanismo de Cooperación Laboral y Desarrollo de Capacidades para darle seguimiento a los objetivos laborales de los acuerdos. Los acuerdos con Colombia y Perú son más específicos en la determinación de las atribuciones del Consejo de asuntos Laborales y de los puntos de contacto.

Según la información de que disponemos, confirmada con colegas de los respectivos países, estas disposiciones no han tenido mayor efecto práctico y, en algunos países, no hay conocimiento público de que se hayan constituido formalmente los organismos y dependencias ministeriales previstas en las mismas.

3.7. Mecanismo de cooperación Laboral

En los acuerdos con Chile y con Centroamérica y República Dominicana se establece que las Partes establecen un Mecanismo de Cooperación Laboral, el cual es regulado en un Anexo. En los acuerdos con Colombia, Perú y Panamá el mecanismo se llama de Cooperación Laboral y Desarrollo de

Capacidades, también regulado en un anexo. En estos convenios se incluye un párrafo mediante el cual las Partes declaran que procurarán asegurar que los objetivos del Mecanismo de Cooperación Laboral y Desarrollo de Capacidades así como las actividades que se desarrollarán a través de dicho Mecanismo:

a) sean consistentes con los programas nacionales, estrategias de desarrollo y prioridades de cada Parte;

b) generen oportunidades para la participación pública en el desarrollo e implementación de dichos objetivos y actividades; y

c) tomen en consideración la economía, cultura y sistema legal de cada Parte

3.8. Consultas cooperativas

Bajo este nombre las partes establecen un procedimiento previo para tramitar los asuntos o dudas que puedan plantearse en relación al cumplimiento del capítulo laboral. El procedimiento o prevé en primer lugar consultas o reuniones bilaterales entre las Partes. Si estás no resuelven satisfactoriamente el asunto, cualquiera de ellas podrá solicitar que el Consejo de Asuntos Laborales sea convocado para examinarlo. El Consejo procurará resolver el asunto recurriendo, cuando corresponda, a consultas con expertos externos y a procedimientos tales como buenos oficios, conciliación o mediación. Si el asunto se refiere a la obligación de no dejar de aplicar efectivamente su legislación laboral de una manera que afecte el comercio o la inversión entre las Partes, y las Partes no han logrado resolverlo dentro de 60 días siguientes a la entrega de una solicitud de consultas, la Parte requirente podrá acudir a las otras alternativas procedimentales previstas en los acuerdos (Consultas, Comisión de buenos oficios, conciliación y mediación y Solución de controversias).

Se dispone que las Partes solo podrán recurrir al procedimiento de solución de controversias previsto en los acuerdos cuando se trate de un asunto que surja en relación con la obligación a la obligación de no dejar de aplicar efectivamente su legislación laboral de una manera que afecte el comercio o la inversión entre las Partes. En ese caso deben intentar previamente el procedimiento de consultas cooperativas.

3.9. Árbitros Laborales

Los acuerdos con Chile, Centroamérica y Panamá establecen que las Partes deben designar una lista de árbitros que deben reunir las siguientes condiciones:

a) tener conocimientos especializados o experiencia en derecho laboral o en su fiscalización, o en solución de controversias derivadas de acuerdos internacionales;

b) ser elegidos estrictamente en función de su objetividad, confiabilidad y buen juicio;

c) ser independientes, no estar vinculados con cualquiera de las Partes y no recibir instrucciones de las mismas; y

d) cumplir con el código de conducta establecido.

El número de árbitros y la composición de la lista entre árbitros nacionales y no nacionales de cada parte varían en los tres acuerdos

Cuando la reclamación de una Parte surja en relación con la obligación a la obligación de no dejar de aplicar efectivamente su legislación laboral de una manera que afecte el comercio o la inversión entre las Partes, se procederá conforme al capítulo referente a la solución de controversias y para la constitución del grupo arbitral se tomará en cuenta la lista de árbitros designada conforme a lo establecido en el capítulo laboral.

3.10. Definiciones

En todos los acuerdos hay un artículo dedicado a las definiciones, en el cual se define la legislación laboral como las leyes o regulaciones de las Partes que estén directamente relacionadas con determinados derechos laborales internacionalmente reconocidos. Como entre esos derechos se mencionan los salarios mínimos, se especifica que las obligaciones de cada Parte se refieren a la aplicación efectiva del nivel del salario mínimo general establecido por esa Parte. Se hace una distinción entre lo que significan leyes o regulaciones en los Estados Unidos, en donde ese concepto se refiere únicamente a leyes del Congreso o regulaciones promulgadas conforme a leyes del Congreso que se pueden hacer cumplir mediante acción del gobierno federal, mientras que en los otros países

Se refiere a leyes o regulaciones promulgadas conforme a leyes, que se pueden hacer cumplir por el organismo responsable del cumplimiento de las leyes laborales.

4. CONCLUSIONES

Primera: En el mundo actual **la** globalización es un proceso que se impone más allá de la voluntad de adhesión de los factores afectados por el mismo. La globalización reduce la capacidad de acción de los factores locales de poder y de las economías nacionales. Los acuerdos regionales de integración pueden ser un medio para facilitar que las economías nacionales participen de manera más adecuada en el juego económico globalizado.

Segunda: Los acuerdos de integración económica, aun siendo esencialmente mecanismos de naturaleza económica, producen efectos sociales y, específicamente en el área del trabajo. Estos efectos son muy diversos y se reflejan, principalmente, en temas como los siguientes:

a) la unificación y armonización del Derecho del Trabajo;

b) libre circulación de trabajadores y coordinación de los sistemas de seguridad social y r reforzamiento de normas y políticas antidiscriminatorias;

c) diseño y ejecución de políticas sociales comunes o armonizadas;

d) promoción del diálogo social nacional e internacional;

e) fomento de la cláusula social; y

f) tendencia a la internacionalización de las relaciones de trabajo

Tercera: Los países latinoamericanos han tenido presente el tema de la integración desde el momento mismo de su independencia de las potencias coloniales europeas. En general la retórica integracionista ha predominado sobre la efectividad de los acuerdos subregionales de integración. Sin embargo, en las últimas décadas los procesos de integración han alcanzado un mayor dinamismo.

Cuarta: En los tratados celebrados en este siglo entre los Estado Unidos y varios países de Centro y Sur América se incorporó un capítulo dedicado al tema laboral, en el cual las partes reafirman sus compromisos como miembros de la OIT. Y en el cual s e comprometen a respetar los derechos fundamentales en el trabajo, en conformidad con la Declaración de la OIT relativa a los Principios

y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento (1998). En esos acuerdos las partes se comprometen a no hacer uso del denominado "dumping" laboral y se establecen una serie de disposiciones de orden procedimental destinadas a lograr una fácil solución n a las controversias que pueden presentarse entre las partes. Aun cuando en esos capítulos se dispone expresamente que los acuerdos no autorizan a ninguna Parte para realizar actividades orientadas a hacer cumplir la legislación laboral en el territorio de las otras Partes, los procedimientos establecidos para la solución de controversias, dan lugar para que en aquellos casos de incumplimiento de la obligación de respetar los derechos fundamentales del trabajo se puedan llevar a cabo instancias destinadas a poner fin a tales incumplimientos

Quinta: De la investigación documental que realicé, así como de la consulta hecha a colegas de varios países, no se desprende que las cláusulas sociales incorporadas a los tratados y acuerdos de libre comercio suscritos entre los Estados Unidos y varios países de Centro y Sur América haya tenido efectos importantes en las relaciones laborales de esos países. En algunos países no hay conocimiento público de que se hayan creado y estén funcionando los organismos previstos en los capítulos laborales de los acuerdos comerciales. Sin embargo pueden registrarse algunos casos, aún con anterioridad a la firma de tales acuerdos, en que las acciones de sindicatos y ONG de Estados Unidos han ejercido influencia en la aprobación de leyes laborales o en la toma de algunas medidas laborales. Así, por ejemplo, las medidas destinadas a cumplir la legislación laboral en las maquilas en Centroamérica y República Dominicana fueron tomadas con motivo de fuertes presiones de sindicatos estadounidenses; la reforma del Código del Trabajo en República Dominicana atendió en buena parte a presiones de sindicatos y ONG de los Estados Unidos para excluir a este país del sistema de preferencias arancelarias si no reformaban el Código ni tomaban medidas para cumplir la legislación laboral en las denominadas zonas libres; la aprobación en Colombia de la Ley 1469 de 2010, referente a la no tercerización por medio de cooperativas y contratos sindicales que en buena parte atendió a presiones de sindicatos de Estados Unidos. En este país se han producido casos de sanciones económicas por incumplimientos laborales.

Sexta: No obstante que los tratados y acuerdos de libre comercio atienden a objetivos fundamentalmente económicos, la cada vez más frecuente incorporación de cláusulas sociales, permite prever que con el desarrollo que vayan presentando estos mecanismos, puedan llegar a convertirse en un instrumento que coadyuve en la tarea de tutelar los derechos fundamentales en el trabajo.

NUEVOS RETOS DE LA ACCIÓN NORMATIVA INTERNACIONAL APLICABLES A LAS EMPRESAS MULTINACIONALES: UN ENFOQUE DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS OBJETIVOS DE DESARROLLO SOSTENIBLE

JOSÉ EDUARDO LÓPEZ AHUMADA

Doctor en Derecho. Profesor Titular (acreditado a Catedrático de Universidad) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Alcalá (Madrid, España). Investigador principal de la línea de investigación estable en Relaciones Laborales y Protección Social del Instituto Universitario de Investigación en Estudios Latinoamericanos de la Universidad de Alcalá (IELAT).

ABSTRACT: This paper analyzes the new challenges present in the international organization of the multinational companies model, taking into account the necessary development of the sustainable development objective no. 8, concerning the promotion of decent work. It is a central issue in the development of the global market, requiring a special sensitivity from the perspective of observing international labor standards. This model requires the adaptation of international agreements on the matter, taking into account ILO labor principles and seeking a new model of labor governance.

KEYWORDS: multinational enterprises, ILO labor standards, sustainable development goal no. 8, decent work.

1. INTRODUCCIÓN

El proceso consustancial al desarrollo de la acción normativa de la OIT requiere un cambio orientado hacia una nueva forma de afrontar los retos presentes en el modelo de trabajo. En esta materia es especialmente importante el avance hacia una gobernanza más solidaria en relación al modelo de desarrollo de las empresas multinacionales. Las cadenas mundiales, que organizan la actividad productiva en un mercado libre, desarrollan sinergias conjuntas en defensa de sus propios intereses. Las empresas multinacionales y los grupos empresariales de escala global conciertan pactos, incluso con las propias organizaciones de trabajadores. Dichos acuerdos tienen como fin desarrollar de forma paralela y extramuros a la OIT, nuevas estructuras de gobernanza del trabajo. Este estudio resalta la necesidad de promocionar un modelo desarrollo del modelo de empresas trasnacionales en una economía global, flexible y dinámica, pero sensible socialmente y con controles externos. Sin duda, dicho modelo debe promover eficazmente los propios valores constitutivos de la OIT, en especial, el trabajo digno, la igualdad y la justicia social.

2. LA OBSERVANCIA DEL OBJETIVO DE DESARROLLO SOSTENIBLE NÚM. 8 EN LA ORDENACIÓN INTERNACIONAL DE LAS EMPRESAS MULTINACIONALES

Tradicionalmente se ha venido apostando, desde una perspectiva internacional, por relajar la atención respecto de la adopción de los instrumentos

jurídicos internacionales vinculantes en el ámbito de la acción de las empresas multinacionales. Ello ha supuesto una apuesta orientada hacia los instrumentos de *soft-law* internacional. Dicha opción normativa supone una promoción efectiva de los fines de la OIT a través de las declaraciones institucionales, así como por una tendencia de asistencia y observancia de los acuerdos y pactos globales, que se proyectan sobre el marco regulador de las empresas multinacionales. Con todo, las normas internacionales deben tener en cuenta la propia evolución del mundo del trabajo, protegiendo a los trabajadores y siendo sensibles con las necesidades de las empresas. Sin embargo, todo ello debe desarrollarse teniendo presente los derechos fundamentales internacionales en el trabajo.

Las normas internacionales deben asegurar un contexto de desarrollo económico sostenible y justo socialmente. Estas normas deben seguir desarrollándose bajo un sistema de control efectivo. El punto clave de partida reside en la propia función de asistencia y promoción de la OIT respecto de los Estados miembros. Se trata de una labor de seguimiento en relación a la ratificación y a la aplicación efectiva de las normas internacionales. El fomento del diálogo social y de la concertación internacional son clave en estos tiempos de incertidumbre. Actualmente, es necesario promover procesos de diálogo social en atención a la consecución de los objetivos de desarrollo sostenible y justo promovidos por Naciones Unidas. Dicho fin supone actualmente la necesidad de orientar la labor de concertación en el ámbito de las relaciones transnacionales laborales, ante el riesgo de un contexto acusado de globalización económica libre y sin controles efectivos.

El objetivo de desarrollo sostenible núm. 8, desarrollado en el marco de la Agenda 2030 de Naciones Unidas, tiene una especial vinculación con el principio Internacional del trabajo decente. Dicho principio se planteó originariamente por la OIT[1] y supone un mandato internacional dirigido al conjunto de los poderes públicos, que, con la ayuda de los distintos actores internacionales en las

1 A efectos de profundizar en la noción de desarrollo sostenible en relación a la aplicación de la Agenda 2030 de Naciones Unidas. Vid. DENK, A., "Sustainable Development Goals. An (Alternative) Future Scenario", en *Transcience*, 7(1), 2016, pp. 48-ss. DOMÍNGUEZ, R., "Evolución o involución del desarrollo sostenible: de cómo el desarrollo sostenible se convirtió en corriente principal", en Lucatello. S. – Vera, L. (coords.), *La implementación de la Agenda 21 en México: aportes críticos a lasustentabilidad local*, Instituto Mora, México DF, 2016, pp. 22-25. ALONSO, J.A., "La Agenda 2030 para el desarrollo: ¿es una agenda transformadora?", ponencia presentada en la Conferencia Internacional de la International Leadership Association en el Recinto Modernista de Sant Pau, 2016. MCMICHAEL, P., *Development and social change. A global perspective*, SAGE, Londres, 1996, pp. 25-27.

relaciones laborales y el diálogo social, están llamados a desollar acuerdos orientados a la observancia de los estándares laborales internacionales en el ámbito de las empresas multinacionales. Dicha labor de concertación es clave con vistas a contribuir al desarrollo de políticas de responsabilidad social corporativa justas y equitativas[2]. Precisamente, esta perspectiva del progreso económico socialmente sensible nos conduce al fomento del denominado crecimiento inclusivo en la sociedad. Dicha modalidad de crecimiento debe proyectarse tanto en las políticas nacionales como internacionales[3]. Esta política orientada al crecimiento justo y sostenible ha sido desarrollada en otros ámbitos internacionales con carácter previo. Concretamente, en la Unión Europea se desarrolló esta línea de acción en virtud de la Estrategia Europa 2020, que impulsó decididamente la Comisión Europea en el año 2010[4]. Dicho programa europeo se asentaba en una serie de principios esenciales, que combinaban las referencias al crecimiento económico basado en la técnica y el conocimiento. Asimismo, ello tenía en cuenta una noción precisa de crecimiento sostenible, que presupone la promoción de mercados eficientes y competitivos, que permiten el desarrollo del denominado crecimiento inclusivo. Desde esta perspectiva, estaríamos ante una necesaria vinculación entre crecimiento económico y el trabajo decente. Dicha relación nos conduce a la necesidad de asegurar la promoción del empleo en condiciones dignas. Este planteamiento implica consiguientemente la reducción de los márgenes de pobreza, que sufren los denominados trabajadores pobres y por extensión el conjunto de la sociedad.

Desde el punto de vista de Naciones Unidas se ha desarrollado la noción de objetivos de desarrollo sostenible. Se trata de un mecanismo de transformación en un mundo global. Los objetivos de desarrollo sostenible tienen una

2 Igualmente, el objetivo del desarrollo sostenible núm. 8 tiene una especial vinculación con los principios fundamentales o pilares básicos que deben ordenar el progreso económico desde una perspectiva social. Vid. LÓPEZ, I. - ARRIAGA, A. - PARDO, M., "La dimensión social del concepto de desarrollo sostenible: ¿La eterna olvidada?", *Revista Española de Sociología*, núm. 27, 2018, pp. 29-30. GARCÍA GARCÍA, S., "Economía Circular: 30 años del principio de desarrollo sostenible evolucionan en el nuevo gran objetivo medioambiental de la Unión Europea", *Revista de Estudios Europeos*, núm. 71, 2018, pp. 311-312.

3 En relación a la proyección nacional del objetivo de desarrollo inclusivo fomentado por Naciones Unidas. Vid. Informe de Desarrollo Económico Incluyente (DEI) (2019): documento conceptual y programático. Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, Bogotá, 10 de enero de 2019, pp. 7-28.

4 Vid. EUROSTAT, *Sustainable development in the European Union. Monitoring report on progress towards the SDGS in an EU context*. 2019 edition. Publications Office of the European Union, Luxemburgo, 2019, p. 19.

importante labor a desarrollar en el ámbito de las empresas multinacionales, así como en las políticas de responsabilidad social corporativas. Dicha acción global de las empresas multinacionales y sus políticas de responsabilidad social corporativa deberán ajustarse a dichos principios internacionales de protección del trabajo con derechos[5]. Desde esta perspectiva, es importante destacar que dicho ambicioso programa de acción parte del valor central del trabajo decente en la ordenación de las relaciones laborales, al posicionar a la persona como centro de gravedad del sistema de protección jurídico-laboral. Estaríamos, pues, ante un presupuesto necesario para afrontar los grandes retos de las sociedades actuales. Este modelo de protección renovada permite la consecución en el futuro de un mundo más saludable, con un modelo de protección consolidado que dota estabilidad y seguridad jurídica. En definitiva, la promoción de los objetivos de desarrollo sostenible viene a asegurar la conformación de sociedades justas e inclusivas, que permiten que el desarrollo económico tenga una traducción social. Evidentemente dicho reto sigue aún presente, puesto que en las últimas décadas no se ha producido el trasvase de crecimiento económico a las personas desde la perspectiva social. Esta reflexión es ciertamente evidente si tenemos en cuenta los efectos perniciosos que las últimas crisis económicas han tenido en el ámbito social[6].

La proyección del objetivo de desarrollo sostenible núm. 8 en el ámbito de las empresas multinacionales responde al propio carácter extensible de dicho programa de protección. La naturaleza amplia e integradora de los objetivos de desarrollo sostenible tienen una importante dimensión protectora, que conjuga inescindiblemente el desarrollo económico y social. Se ha indicado que el carácter amplio de los objetivos de desarrollo sostenible permite una acción extensiva en el ámbito del desarrollo económico y la justicia social. El objetivo de desarrollo núm. 8 sirve también de pilar universal de garantía de los derechos sociales. Por

5 Es importante en este ámbito tener en cuenta la proyección de la resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas, emitida en el año 2015, titulada "*Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*, Asamblea General de las Naciones Unidas, 2015. Resolución aprobada por la Asamblea General el 25 de septiembre de 2015.

6 La conexión de los objetivos de desarrollo sostenible con la ordenación del mercado global y las empresas multinacionales supone un reto de la sociedad. Por ello, dicho objetivo de futuro es esencial "para la preparación de un futuro que asegure la estabilidad, un planeta saludable, unas sociedades justas, inclusivas y resilientes, y unas economías prósperas". Vid. Comisión Europea Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Banco Central Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones "Plan de acción: financiar el desarrollo sostenible", COM (2018) 97 final. Bruselas, 8 de marzo.

ello, se ha indicado que la consecución de un modelo de crecimiento económico socialmente responsable estaría igualmente comprendida dentro la noción de democracia social[7]. Precisamente, es importante destacar que el objetivo de desarrollo sostenible núm. 8 no tiene un carácter de proclamación meramente formal, sino que tiene una proyección ligada a la defensa de la democracia social. Sin duda, la promoción de esta dimensión protectora involucra no solo a los gobiernos nacionales, sino que también afecta de forma amplia a la sociedad civil y, en particular, a los agentes sociales y organismos internacionales en el mundo del trabajo[8]. Todo ello es prueba de la configuración del objetivo de desarrollo sostenible núm. 8 como un principio universal y de proyección extensiva[9]. Nos encontramos, pues, ante la propia naturaleza de la Agenda 2030 de Naciones Unidas, que conlleva un compromiso global y multilateral. Ello abarca de forma amplia un objetivo de desarrollo sostenible mundial, que afecta a los poderes públicos y a los diferentes actores presentes en las relaciones laborales internacionales, entre ellos, las propias empresas multinacionales que intervienen en un mercado global.

---

7 Esta noción de derechos sociales ligada a la noción de democracia social ha sido defendida por distintos autores. Vid. JIMENA QUESADA, L., "El constitucionalismo social y los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS)", *Lex Social*, Vol. 9, núm. 1, 2019, pp. 15-16. ESPÍN SÁEZ, M., "Autoempleo decente: las mujeres autónomas y el acceso a los recursos. Un estudio en el marco de los Objetivos de Desarrollo Sostenible marcados por la Agenda2030 de la ONU", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 6, núm. 4, 2018, pp. 104-105. GARCÍA SEDANO, T., "En las antípodas del trabajo decente: el trabajo forzoso", *Lan Harremank*, núm. 39, 2018, p. 15. El objetivo final es hacer posible la efectividad de los derechos humanos para todas las personas. Ciertamente, late como principio general la necesidad de construir un desarrollo económico y social sostenible de ámbito mundial. LOUSADA AROCHENA, J. F. - RON LATAS, R. P., "La integración del trabajo decente de la Organización Internacional del Trabajo dentro de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de Naciones Unidas (Agenda 2030)", *Revista Española deDerecho del Trabajo*, núm. 211, 2018, p. 17.

8 Dicha conexión amplia del objetivo de desarrollo sostenible núm. 8, con la propia noción de democracia y su aplicación a la sociedad civil, se ha defendido recientemente en distintos trabajos de investigación. Vid. STRÜBER, D., "La Declaración Universal de los Derechos Humanos y los ODS", AA.VV., *Libro de actas del II Congreso Internacional sobre Derechos Humanos: LosDerechos Humanos y los Objetivos de Desarrollo Sostenible*, Fundación Mainel, Valencia (España), 2018, pp. 13-14.

9 Desde esa perspectiva, se ha resaltado el carácter sumamente ambicioso de los objetivos de desarrollo sostenible, que se presentan como "principios de universalidad, inalienabilidad, indivisibilidad e inviolabilidad; así como -en- su carácter interdependiente y participativo". Vid. VERDIALES LÓPEZ, D.M., "La importancia del enfoque de los derechos humanos en los Objetivos de Desarrollo Sostenible", AA.VV. (Fernández Liesa, C. – Díaz Barrado, C.M. Dirs.) *Objetivos de Desarrollo Sostenible y Derechos Humanos: paz, justicia e instituciones sólidas/derechos humanos y empresas*, UniversidadCarlos III, Madrid (España), pp. 87-88.

No cabe duda de la estrecha relación existente entre el objetivo de desarrollo sostenible núm. 8 y el principio internacional de trabajo decente. Concretamente, la noción de trabajo digno se encuentra expresamente en la redacción dada al objetivo de desarrollo sostenible núm. 8, que se dirige a la promoción del crecimiento económico inclusivo y sostenible, así como al empleo y al trabajo decente para todos. Esto nos sitúa ante la propia función de la OIT, que desde su propio nacimiento, ha venido promocionando el desarrollo de la justicia social en el mundo. Dicha organización ha luchado por erradicar las condiciones de trabajo injustas que sufren los trabajadores en el mundo. Conviene decir que la referencia al trabajo decente no es nueva. Efectivamente, la OIT acogió el concepto de trabajo decente en el año 1999. Sin embargo, dicho objetivo sigue teniendo en la actualidad la misma potencialidad, siendo igualmente necesaria su promoción efectiva. Nos estamos refiriendo al estímulo de dicho principio desde el punto de vista de su promoción en el ámbito de un programa internacional de acción en defensa del trabajo digno. Sin duda, se trata de un lema especialmente ligado a la coyuntura del momento, en el que las distintas vicisitudes de la economía y los mercados dibujaban un preocupante panorama laboral de escala global[10]. En este sentido, resulta esencial la comprensión de la noción de trabajo decente como un concepto jurídico que trasciende de una mera situación coyuntural, ligada a una concreta crisis económica y social. La referencia al trabajo decente tiene una proyección estable y extensiva a lo largo del tiempo. El trabajo decente se presenta como un presupuesto necesario no solo para la recuperación económica, sino que también actúa como garantía de un modelo de desarrollo económico y empresarial. Dicho modelo de empresa y de desarrollo económico deberá orientarse necesariamente a la defensa de lo social y a la consecución de un modelo estable y sostenible de crecimiento compatible con el sistema de trabajo con derechos y protegido. Esta vinculación del objetivo de desarrollo sostenible núm. 8 con el trabajo decente es esencial

10 La defensa del trabajo decente se materializó en un informe presentado por el director general de la Confederación Internacional del Trabajo. Dicha iniciativa suponía una respuesta decidida ante el panorama alarmante que afectaba y sigue afectando al modelo de trabajo protegido con derechos como consecuencia de la globalización. Dicho programa fue impulsado por Juan Somavía, en su momento director general de la OIT. Este programa de acción daba carta de naturaleza a un principio que se proyectaba sobre las relaciones laborales como un concepto jurídico con clara proyección ética. Desde esta perspectiva, el principio de trabajo decente estaba estrechamente relacionado con la defensa de los derechos fundamentales en el trabajo, el empleo en condiciones dignas, la protección social y el diálogo social. Vid. Oficina Internacional del Trabajo, Conferencia Internacional del Trabajo, Memoria del Director General: Trabajo decente, 87ª Reunión, Ginebra, junio de 1999.

desde el punto de vista de la versatilidad de la acción protectora ligada a dichos principios internacionales. Ello permite reafirmar un modelo de protección del trabajo y de la economía con vistas a conseguir los grandes retos de la sociedad, es decir, la igualdad, la justicia y la lucha contra la pobreza en el mundo.

El objetivo del crecimiento sostenible e inclusivo requiere evidentemente de la participación activa de los agentes sociales a escala internacional. Los acuerdos internacionales que orientan la acción de las empresas multinacionales y, en particular, la negociación colectiva, se presentan como un aspecto esencial para la defensa de los derechos fundamentales laborales. Dicha protección se manifiesta como una clara garantía de la protección jurídico-laboral y de seguridad social. Se trata de un ámbito de acción necesario para construir un modelo de protección que caracterice a una sociedad global y justa, evitando con ello los grandes peligros ligados a la desregulación laboral y a la huida de la protección social. Este abandono del modelo tradicional de protección se presenta actualmente como una tendencia perniciosa en el mundo del trabajo[11]. La participación de los interlocutores sociales, en sus diferentes formas y ámbitos de actuación, se manifiesta como un presupuesto necesario para asegurar un modelo de protección asentado en la regulación y en la garantía de condiciones de trabajo dignas y justas.

3. LA CORRECCIÓN DEL MODELO DE EMPRESA MULTINACIONAL LIBRE Y SIN CONTROLES FRENTE A LA EXPANSIÓN GLOBAL DE LAS REDES DE EMPRESAS TRANSNACIONALES

El sistema de empresas multinacionales está basado en el desarrollo de las formas de organización empresarial en redes internacionales. Se trata de una tendencia que se ha generalizado y que afecta con carácter general a la totalidad de las actividades productivas y sectores de actividad. No estamos ante una tendencia nueva y ciertamente el modelo de empresa multinacional sigue en constante evolución, así como sus formas de organización empresarial. Estamos, pues, ante un modelo de empresa de estructura compleja, ya consolidada

11 Ante los procesos de desregulación que se están produciendo en la actualidad, el modelo de trabajo protegido es esencial y se muestra como una prioridad que no vincula exclusivamente al ámbito de las relaciones laborales, sino que igualmente tiene una estrecha relación con el propio modelo de desarrollo económico. Vid. SALAS PORRAS, M.ª, "¿Nuevas aportaciones de la negociación colectiva al trabajo decente?", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 4, núm. 4, 2016, p. 23.

desde el punto de vista productivo en el ámbito de la economía global[12]. Las conexiones empresariales internacionales se ven igualmente estimuladas por el desarrollo de la innovación tecnológica, que viene a fomentar la creación de redes internacionales comerciales[13].

Los cambios organizativos tienen consecuencias en el ámbito laboral y social. Se trata de un problema que ha afectado en los últimos tiempos al Derecho del Trabajo y que las legislaciones nacionales están buscando respuestas ante el cambio de modelo de empresario a efectos laborales. Efectivamente, la situación actual es sumamente compleja y cambiante, y nos encontramos ante un reto para los ordenamientos laborales y, por extensión, para el futuro del trabajo protegido[14]. El fenómeno de dispersión empresarial está produciendo un alejamiento de la noción tradicional de empresa unitaria. Dichos cambios tienen como fin no solamente la adaptación de la empresa al mercado, sino también superar la acción de los regímenes jurídico-laborales estatales. La rigidez laboral se observa como un obstáculo para el funcionamiento de estas organizaciones empresariales, que se basan en un modelo de flexibilidad laboral acusado. Nos estamos refiriendo a una práctica empresarial relativa a la evasión de los controles públicos o sindicales, que, en su caso, pueden suponer un aumento de los costes

12 El modelo acusado de liberalismo económico afecta directamente al modelo de trabajo desarrollado por las empresas multinacionales. Vid. POLANYI, K., *La gran transformación. Crítica del liberalismo económico,* Ed. La Piqueta, Madrid, 1989, pp. 31-33. Con carácter general, se ha indicado que la existencia de un mercado autoregulado y sin controles que sea compatible con el modelo de trabajo protegido supone una utopía. Vid. HEILBRONER, R.L., *Naturaleza y lógica del capitalismo,* Eds. Península, Barcelona, 1990, pp. 67-69. Desde esta perspectiva, resultaría inviable el objetivo de una gobernanza efectiva del trabajo con la visión de la denominada "mano invisible", que armoniza de forma espontánea a la sociedad y al mercado. Vid. RONSAVALLON, P., *Le capitalisme utopique. Critique de l'idéologie économique,* Éditions du Seuil, París, 1979, pp. 35-ss. AYALA ESPINO, J., *Instituciones y economía. Una introducción al neoinstitucionalismo económico,* México, FCE, 1999, p. 19.

13 Las relaciones internacionales entre las empresas se han visto fomentadas de forma acusada por la innovación tecnológica y las redes comerciales. Vid. Vid. HARRISON, B., *Lean and Mean. The Changing Landscape of Corporate Power in the Age of Flexibility,* Basic Books, a Division of Harper Collins Publishers, , Nueva York, 1994, pp. 15-18. CASTELLS, M., *La era de la información. Vol.1. La sociedad Red,* Alianza Editorial, Madrid, 1997, pp. .200-201.

14 Vid. VALDÉS DAL-RÉ, F., "La flexibilidad de mercado de trabajo. Teoría e ideología", Castillo, J.J. (ed.), *El trabajo del futuro,* Madrid, Editorial Complutense, 1999. En relación al conflicto entre Constitución liberal y Constitución democrático social. Vid. MONEREO PÉREZ, J.L., "Evolución del Derecho del Trabajo: el proceso de racionalización jurídica de la cuestión social", *Relaciones Laborales*, núm. 15-16, 2001, pp. 13-ss. Ibidem, "El Derecho Social y del Trabajo en el mundo de la tercera revolución industrial", Capella Hernández (Coord.) *Transformaciones del Derecho en la mundialización,* Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, pp. 219-ss.

laborales, lo cual repercute directamente en las decisiones empresariales. Desde esta perspectiva, nos encontraríamos ante un fenómeno de huida del control jurídico-laboral, como presupuesto que viene a flexibilizar los procedimientos y la adopción de las decisiones empresariales en el mercado global.

En este ámbito no existe formulas sencillas que puedan dar respuesta a los problemas de hondo calado que suponen la ordenación de las empresas multinacionales. Los procesos de transformación de las estructuras empresariales producen efectos transversales en el ámbito laboral. Las distintas formas de conexión interempresariales se desarrollan vertiginosamente y el legislador internacional y nacional se muestra incapaz de dar una respuesta única y decidida a dichas realidades productivas[15]. La acción internacional de las empresas multinacionales se desarrolla a una gran velocidad, transformando el mercado y el modelo de trabajo tradicional. Sin duda, este factor es igualmente un motivo que avala el constante proceso de transformación del modelo de empresa transnacional[16]. Dichas redes de empresas trascienden la noción clásica del trabajo subordinado y fomentan el modelo de colaboración empresarial, acogiendo incluso como colaboradores a los trabajadores independientes. Esta situación dirige nuestro tema hacia las nuevas fórmulas de trabajo, que se encuentran en un proceso de continuo alejamiento respecto de los parámetros tradicionales previstos por la legislación laboral. Estas nuevas fórmulas de empresa se han venido instalando en los últimos tiempos de forma estructural. Se trata de nuevas realidades empresariales que provocan relaciones necesarias entre las grandes y las pequeñas y medianas empresas, en virtud de procesos de asociación en clave de redes empresariales. Las relaciones que se producen entre ese tipo de empresas son ciertamente evidentes y en muchos casos la cadena productiva impide identificar cuando comienza la actividad de una empresa y cuando termina otra unidad empresarial. Estamos, pues, ante un modelo dinámico de empresa, que impide generalmente el seguimiento y el control de las actividades empresariales. A la

15 En efecto, el objetivo consiste en asegurar en este modelo de empresa global el respeto de los derechos humanos por parte de todas las organizaciones empresariales. Por extensión ello supone el necesario respeto de los derechos fundamentales en el trabajo en conexión con el desarrollo del principio del trabajo decente.

16 Respecto del reto de adaptación del Derecho del Trabajo al constante proceso de cambio y transformación de las empresas multinacionales. Vid. SALENTO, A., *Postfordismo e ideologie giuridiche. Nuove forme d'impresa e crisi del diritto del lavoro,* Franco Angeli, Milán, 2008, pp. 91-ss. BHIDÉ, A.V., *Origen y evolución de nuevas empresas,* Editorial Oxford University Press, México, 2000, pp. 31-33. HARRISON, B., *Lean and Mean. The Changing Landscape of Corporate Power in the Age of Flexibility,* Basic Books, a Division of Harper Collins Publishers, 1994, pp. 12-14.

postre, esta situación impide la aplicación de los mecanismos de reclamación de responsabilidad jurídica[17].

Estamos ante un fenómeno acusado en el que las pequeñas empresas de servicios quedan integradas en el sistema productivo de otras empresas de mayor dimensión. Esta situación nos permite identificar al conjunto de empresas como un conjunto unitario de organización empresarial. Esta situación es evidente, dado que las unidades empresariales de menor dimensión se encuentran integradas en el complejo organizativo. Esta noción de organización empresarial en red podría fundamentar una posible reclamación a las empresas que se encuentran en un nivel superior de la cadena de organización. De esta manera, incluso se podría reclamar responsabilidad a la empresa principal, aunque ello dependerá de la previa acreditación de sus vínculos en su actuación empresarial desde el punto de vista organizativo. Se puede afirmar que estos vínculos entre empresas pueden tener exclusivamente un origen financiero o económico, en atención a la perspectiva mercantil o empresarial. Sin embargo, dichas vinculaciones empresariales tienen asimismo una proyección que se refleja más allá del ámbito financiero o empresarial y que incide inevitablemente en el sistema de relaciones laborales desarrollado en el conjunto de las empresas que operan en red. En estos casos, las empresas que tienen una posición de dominio estarían obligadas a vigilar la observancia de la legislación laboral por parte de las empresas que se encuentran vinculadas a la organización en un eslabón inferior de la cadena. Dichas empresas tienen generalmente una menor dimensión y menos capacidad financiera para afrontar la responsabilidad jurídica frente al incumplimiento laboral. En muchos casos, determinadas decisiones relativas a operaciones de reestructuración empresarial o, en su caso, de modificación de las relaciones existentes entre las empresas en red pueden tener su justificación en la aplicación de nuevas condiciones laborales, por ejemplo, con vistas a conseguir ajustes económicos en la plantilla.

17 Dicho modelo de empresa de estructura compleja no atiende exclusivamente al interés de evitar los controles de carácter jurídico, sino que nos encontramos ante una auténtica demanda empresarial. Efectivamente las redes de empresas aseguran a dichas organizaciones la posibilidad de adaptarse más fácilmente a los cambios producidos en los mercados.

4. LA NECESIDAD DE INTERVENCIÓN LABORAL EN LAS REDES DE EMPRESAS TRANSNACIONALES ANTE EL FRACASO DE LOS CONTROLES PRIVADOS

Las empresas transnacionales tienen una función importantísima en el desarrollo de la mundialización de la economía[18]. En este ámbito es preciso destacar la importancia de la Declaración de la OIT relativa a la justicia social para una globalización equitativa, que fue aprobada por la Conferencia Internacional del Trabajo en 2008[19]. Se trata de uno de los textos internacionales más relevantes sobre los efectos de la globalización en las relaciones laborales en virtud de la acción de las empresas multinacionales. La OIT ha afrontado dicha problemática en virtud de la Declaración Tripartita, que contempla los principios generales sobre las empresas multinacionales y la política social[20]. De este modo, la comunidad internacional ha alcanzado un consenso sobre los principios básicos respecto del desarrollo del modelo de empresas multinacionales, formulando un marco general de referencia para los gobiernos, las organizaciones empresariales y sindicales, siendo igualmente un documento esencial para las propias empresas multinacionales en su actividad transnacional[21]. Se trata de una serie de principios

18 En este sentido, es preciso indicar que cuando aludimos a estas empresas transnacionales, nos estamos refiriendo a las compañías matrices que están conectadas con sus corporaciones filiales, así como a las distintas empresas con las que prestan servicios en el lugar de ejecución de los proyectos. Dicha situación genera un complejo sistema de relaciones laborales que repercute inexorablemente en el propio modelo de gestión empresarial. De esta manera surgirían nuevas fórmulas de colaboración empresarial y de control del negocio, produciéndose una distribución de las responsabilidades laborales entre las distintas empresas respecto de sus trabajadores.

19 La Conferencia Internacional del Trabajo adoptó en 2008 la declaración de la OIT relativa a la justicia social para una globalización equitativa. Especialmente importante son las conclusiones de la conferencia Internacional del Trabajo, relativas a la promoción del modelo de empresas sostenibles de 2007 y las conclusiones referidas al trabajo decente en las cadenas internacionales de suministro de 2016. De igual modo, son especialmente relevantes los principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para "proteger, respetar y remediar" del año 2011. De igual importancia resultan los objetivos de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible de 2015. Conviene tener en cuenta la Agenda de Acción de Addis Abeba de 2015, relativa a la financiación para el desarrollo, el Acuerdo de París de 2015 sobre el cambio climático y las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales, que fueron revisadas ya en 2011.

20 Vid. OIT, *Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social*, Ginebra, 5ª edición, marzo, 2017. La mencionada declaración internacional se adoptó por el Consejo de Administración de la OIT, en su reunión 204.ª, celebrada en Ginebra (noviembre de 1977). Posteriormente, fue enmendada en sus reuniones 279.ª de noviembre de 2000, 295.ª de marzo de 2006 y 329.ª de marzo de 2017.

21 Este acuerdo firmado en la OIT es de aplicación a todas las compañías proveedoras de servicios de las empresas transnacionales. Las multinacionales se ven obligadas a que los proveedores acepten las inspecciones, permitiendo aplicar las medidas de control adoptadas. Este acuerdo, ya en el año 2015, contaba con más de ciento noventa empresas adheridas al sistema de control.

que vienen a destacar nuevamente los postulados esenciales ya contemplados en los convenios generales, así como en las recomendaciones de la OIT. Desde esa perspectiva, se hace especial hincapié en el obligado cumplimiento de los principios y derechos fundamentales en el trabajo.

Con carácter general, se ha indicado que el triunfo de la globalización es una consecuencia del mismo fracaso de los controles privados. En los últimos años se ha considerado que la economía global podía autorregularse mediante un sistema voluntario basado en compromisos adoptados unilateralmente por las empresas multinacionales[22]. Dicha autorregulación se ha fomentado gracias al desarrollo de las reglas de responsabilidad social empresarial. Las empresas han venido constituyendo procedimientos internos de control. Estos procesos de autorregulación han sido incluso valorados positivamente por la Conferencia de Naciones Unidas de Río, celebrada en junio de 2012. En dicho foro Internacional se vino a reconocer la proliferación de dichos controles, aunque indicando que tendrían que estar compensados por una mínima intervención por parte de las autoridades nacionales. Sin embargo, esta necesaria intervención no se ha producido en realidad y esta omisión ha dado lugar a un retroceso en la efectividad de los derechos laborales. La globalización ha descuidado la dimensión social que se encuentra ligada al mercado global. Ello tiene su fundamento en un modelo de vigilancia que se ha descuidado y se ha dirigido hacia la autorregulación, así como a la aplicación general del *soft-law* internacional. Se precisa la acción de los propios Estados, tanto en su papel de legisladores, como de vigilantes de la aplicación de las reglas laborales[23]. En este ámbito es preciso destacar la importancia

22 Las empresas multinacionales están aplicando políticas en su acción internacional que suponen el desarrollo de una gestión de personal orientada a la consecución de un menor coste laboral fijo. Dichas políticas no están consiguiendo el equilibrio deseado respecto del cumplimiento de los derechos laborales en una economía libre y sin controles. Se está produciendo, pues, un ámbito de impunidad que en muchos casos no se traduce directamente en la acción de los mecanismos de responsabilidad jurídica. Ello demuestra que la situación no puede atenderse bajo la autoregulación, puesto que los controles privados desarrollados por las empresas han venido a fracasar de forma evidente.

23 Dichos controles privados han dado lugar a una pérdida del papel de los sindicatos en las relaciones laborales. Los acuerdos marco internacionales han venido a permitir la elaboración de informes de carácter periódico en virtud del diálogo social en instancias internacionales. Se trata de un sistema orientado al diálogo social, que se ha desarrollado en la cumbre de las empresas multinacionales. En este contexto se ha situado a los sindicatos internacionales como interlocutores con las direcciones de las empresas multinacionales. No obstante, dicha tendencia ha tenido como contra respuesta la relajación del sistema de control sindical en las sedes de las empresas multinacionales en los países dónde se han instalado jurídicamente. En definitiva, se ha venido a desarticular los controles sindicales en las unidades de producción mediante un control meramente formal que se

de los *Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para "proteger, respetar y remediar".* Se trata de una declaración de Naciones Unidas del año 2011. Dicho texto internacional aborda los deberes y responsabilidades de las empresas, así como el papel de los Estados en la observancia de los derechos humanos. Se contempla la obligación de cumplimiento de las obligaciones de los Estados relativas a la protección y el cumplimiento de los derechos humanos y las libertades fundamentales[24]. Los Estados deben proteger los derechos humanos y las empresas multinacionales deberán cumplir con las obligaciones laborales nacionales, siendo de aplicación la consiguiente responsabilidad jurídica en caso de incumplimiento[25]. Dicho sistema de responsabilidad jurídica deberá ser complementado con mecanismos eficaces de reparación y compensación de los daños.

Se trata de un sistema orientado al cumplimiento efectivo de los derechos humanos por parte de las empresas multinacionales, en clara conexión con la Declaración sobre los principios y derechos fundamentales en el trabajo de 1998[26]. Resulta, pues, de especial relevancia que los Estados de acogida tengan ratificados los convenios relativos a los principios y derechos fundamentales en el trabajo. Es necesaria la incorporación de dichas reglas internacionales en sus ordenamientos jurídicos internos. Esta labor de incorporación de los derechos fundamentales internacionales en las legislaciones internas supone igualmente un factor que estimula que las inversiones extranjeras consigan una mejora en las condiciones laborales y sociales en los países receptores. Este presupuesto es

produce en la cumbre de las multinacionales.

24 El necesario control estatal está en relación con los principios rectores de la ONU relativos al comercio internacional y al respeto de los derechos humanos. Dichos derechos humanos no se cumplen de forma plena y están en muchas ocasiones degradados formalmente respecto del énfasis en la observancia de la responsabilidad social corporativa. Vid. HASSENNE, M., "La dimension social du comerce international", *Droit Social*, núm.11, novembre, 2010, pp. 839-840.

25 En relación a la globalización económica y la responsabilidad social empresarial. Vid. BAYLOS GRAU, A., "Globalización y Derecho del Trabajo: realidad y proyecto", en *Cuadernos de Relaciones Laborales,* núm. 15, 1999, pp. 22-ss. MUJICA PETIT, J., "Globalización de la economía mundial, multinacionales, derechos humanos y responsabilidad social del empresariado", Campana Zegarra, D. – Mujica Petit, J., AA.VV., *Códigos de conducta y normas sobre responsabilidad social empresarial: un desafío para la competitividad en la economía global,* CEDAL, Lima, 1999, p. 8. PERULLI, A., *Diritto del Lavoro e globalizzazione. Clausole sociali, codici di condotta e commercio internazionale,* CEDAM, Padova, 1999 p. XVIII.

26 Las empresas transnacionales están llamadas a cumplir las legislaciones de los Estados, así como a orientar sus acciones al desarrollo y al respeto de las estructuras sociales de los países en los que operan. Son, pues, necesarias las consultas de carácter institucional con las empresas multinacionales con los gobiernos, así como con las organizaciones nacionales de empleadores y trabajadores.

especialmente importante cuando las empresas multinacionales se instalan en países que se caracterizan por ser economías emergentes o que se encuentran en vías de desarrollo económico. Por ello, se evidencia la necesidad de alcanzar una nueva gobernanza de las relaciones laborales en el ámbito internacional, que permita alcanzar el objetivo del trabajo decente para todos; y con ello cumplir con los objetivos de desarrollo sostenible contemplados en la Agenda 2030 de Naciones Unidas. Precisamente, la observancia de esta dimensión social inherente a la globalización permitiría acompasar el ya citado crecimiento económico inclusivo con la noción de trabajo decente y el desarrollo social[27].

La economía globalizada necesita de mecanismos de control eficaces, puesto que la autorregulación se ha manifestado como un sistema incapaz de revertir la situación. El fracaso ha sido manifiesto ante la vulneración de los derechos laborales y el incumplimiento de los compromisos asumidos voluntariamente por las multinacionales. Dichas empresas han sido incapaces por sí mismas de aplicar las reglas internacionales respecto de sus empresas vinculadas a escala global. Por ello, es preciso atender estos problemas con una acción conjunta por parte de los Estados, haciendo igualmente partícipes en esta labor de control a los agentes sociales. Se debe exigir el cumplimiento de las normas nacionales e internacionales que ordenan el trabajo mediante la acción de los Estados en la economía globalizada. La ausencia de controles en el cumplimiento de los derechos laborales se intentó realizar a través de los denominados códigos de conducta y los acuerdos marco internacionales. Dichos instrumentos son la manifestación más patente del control privado y son una respuesta al conflicto tradicional entre dos polos opuestos. Nos estamos refiriendo a la desregulación que caracteriza a la globalización frente a la necesaria de regulación y al control público que demanda el cumplimiento de los derechos laborales[28].

27 Debemos indicar que dicho modelo de comercio libre realmente ha permitido en los últimos años conseguir fuertes inversiones internacionales. Dicha situación ha contribuido a extender la idea relativa a que el comercio desarrollado por las empresas multinacionales puede aportar importantes beneficios a los países que reciben sus actividades comerciales.

28 En realidad, nos encontramos ante una idea efectivamente errónea. Se entendía que se podía convivir con un modelo de empresas multinacionales sin controles y que se podía asistir de forma pasiva ante el desarrollo de un modelo de globalización económica descontrolado. Dicho sistema se ha producido durante años, aumentando los márgenes de autorregulación y pensando que el propio autocontrol sería suficiente para conseguir el cumplimiento de forma voluntaria de los compromisos asumidos por las empresas multinacionales y que con ello se garantizaría los derechos laborales.

Los códigos de conducta se han desarrollado en el ámbito de la responsabilidad social corporativa y han dado lugar a profundas críticas sobre su aplicación y eficacia jurídica. Estos códigos vienen a vincular aspectos sociales a los contratos comerciales que internacionalmente se firman con las empresas filiales, con los proveedores, así como con empresas distribuidoras y subcontratistas. No obstante, el problema se plantea nuevamente en el fallo de los controles privados en su seguimiento. Los mecanismos de vigilancia se basan exclusivamente en auditorías sociales. Las consecuencias de los códigos de conductas en la observancia de las condiciones laborales han sido mínimas, precisamente por la falta de eficacia de dichos instrumentos de autorregulación. En virtud de estos mecanismos de autocontrol las empresas multinacionales crearon igualmente organismos dirigidos al seguimiento de los acuerdos, con el fin de acreditar internacionalmente el cumplimiento de los derechos sociales. Todo ello suponía el necesario sometimiento a auditorías sociales de la actividad de las empresas multinacionales, recabando con ello la correspondiente certificación. Sin embargo, las auditorías se han desarrollado de forma dirigida por parte de las propias empresas multinacionales[29]. De igual modo, dichos controles en virtud de auditorías se realizaban teniendo en cuenta exclusivamente el lugar de aplicación de los contratos, sin tener en cuenta la evaluación de toda la cadena de actuación internacional. Todo ello evidencia la necesidad de aplicar controles públicos sobre los mecanismos de autocontrol, siendo esencial la legitimidad que tiene la autoridad pública, así como su carácter de fiscalización neutral asistida por la acción de las inspecciones de trabajo.

El objetivo sigue siendo aplicar mecanismos de responsabilidad frente a la sociedad matriz o principal respecto de las empresas filiales. Se precisan mecanismos que permitan responsabilizar a las empresas principales instaladas, por ejemplo, en un país europeo, en caso de no observar la legislación nacional o internacional. No obstante, también se ha apuntado en contra de este régimen de extensión de la responsabilidad, la noción de exigencia de responsabilidad por actos propios, salvo que concurran fórmulas jurídicas que contemplen la comunicación de responsabilidad empresarial. El problema es que en el ámbito internacional las sociedades se incardinan en un grupo multinacional que

29 Efectivamente, la labor de auditoría estaba bajo el propio control de las empresas multinacionales. Se echaba ciertamente en falta el desarrollo de sistemas de control y de reacción, como mecanismos de garantía. Anteriormente la acción de dichas empresas no comportaba sanciones efectivas. De igual modo, tampoco existía la posibilidad de formular ordenes que fueran de obligado cumplimiento y que afectarán al conjunto de la cadena internacional de empresas.

tiene autonomía propia. Desde esta perspectiva, el Derecho internacional no contempla mecanismos de reacción jurisdiccional con vistas a reclamar eficazmente la garantía del cumplimiento de los derechos laborales. Precisamente, el control final se encuentra en las jurisdicciones nacionales, en cuyas sedes se deberán exigir las correspondientes compensaciones por daños y perjuicios. Las jurisdicciones nacionales no tienen competencia universal en esta materia y la ley nacional se configura con una eficacia jurídica limitada. Por ello, las empresas multinacionales pueden actuar con gran libertad y en muchos casos con impunidad cuando se produce el incumplimiento de los derechos laborales básicos. Tanto la ONU como la OIT, así como la OCDE y la Unión Europea, han contemplado mecanismos de control a través de mecanismos de *soft-law*. Nos referimos a instrumentos que permiten reflexionar sobre la eficacia de las reglas de autocontrol adoptadas por las propias empresas multinacionales. La propia declaración de la OIT de 1988 ha brindado una nueva visión sobre la necesidad de cumplir con los derechos y libertades fundamentales en el trabajo[30]. Se trata de una labor que compete necesariamente a los Estados, como garantes del cumplimiento de la legislación nacional e internacional en su territorio[31]. No obstante, el problema es de hondo calado, puesto que en muchos casos dichos Estados reciben inversiones extranjeras y se encuentran obligados posteriormente a imponer controles y a vigilar la observancia de las normas mínimas laborales[32]. Precisamente, por ello, la inversión extranjera recala en muchos casos en países de economías emergentes o en desarrollo.

Por su parte, el Estado de la empresa matriz de la multinacional encuentra también importantes obstáculos. Con carácter general, no pueden imponer a

30 Dicha declaración garantiza los cuatro derechos mencionados y, a su vez, tendríamos que añadir la importancia de observar los derechos de seguridad social y salud en el trabajo. Estamos ante uno de los contenidos esenciales de los códigos de conductas y de los acuerdos marco internacionales. A pesar de todo, la aplicación de dichos instrumentos internacionales es voluntaria, puesto que no hay mecanismos de control del incumplimiento de las obligaciones por parte de las empresas multinacionales.

31 La idea de control de las empresas globalizadas presupone la necesidad del retorno a los Estados nacionales. Estos se ven en la práctica como un auténtico obstáculo, aunque en realidad son un medio necesario de coacción, que permite establecer los límites a través de un control externo de carácter público. Dicha acción permite asegurar la eficacia del principio de igualdad en la aplicación de las condiciones laborales y en el desarrollo de los modelos de protección social. El objetivo es el impulsar una acción que vigile las obligaciones de las empresas instaladas en un determinado país, permitiendo con ello devolver al Estado sus facultades de regulación y vigilancia del trabajo.

32 Se trata de una situación que se reclama especialmente cuando se trata de Estados que tiene una importante debilidad económica, que se acompaña de la consiguiente debilidad institucional.

las empresas multinacionales sanciones ante el incumplimiento de los derechos laborales que se produzcan en países extranjeros. Se trata evidentemente de un problema clásico. En los últimos años se están buscando soluciones orientadas a compensar el contexto de autorregulación experimentado en el ámbito de las empresas multinacionales, especialmente mediante fórmulas que vengan a compensar la ineficacia de las reglas de la responsabilidad social corporativa. Sin duda, la fórmula preferida reside en la búsqueda de un mayor protagonismo de los Estados en la vigilancia de la aplicación de las normas. Es especialmente importante la acción conjunta de los Estados de origen y de acogida de las empresas transnacionales. De igual modo, resulta crucial el desarrollo del diálogo social con los agentes sociales del Estado de acogida. Esta labor implica ir más allá de la acción de las organizaciones sindicales en el ámbito internacional, que tradicionalmente han sido los agentes sociales preferidos por las empresas multinacionales. Ello ha dado lugar a un control sindical lejano respecto del lugar concreto del desarrollo de las condiciones de trabajo. En ese sentido, se ha venido a hablar de un sistema internacional de diálogo social, que podríamos denominar de salón, puesto que se encontraba alejado de los problemas reales que se planteaban en los lugares donde operan efectivamente las multinacionales[33].

Conviene indicar que la garantía de la dimensión social de las empresas multinacionales no se consigue exclusivamente mediante la autorregulación y el desarrollo del denominado *soft-law* internacional. Ciertamente, se necesita la acción de los Estados de origen de las multinacionales[34], así como de los Estados

33 Estos acuerdos marcos internacionales han venido a intentar cumplir con una serie de compromisos, que se complementan con unos sistemas de inspecciones que se asumen de común acuerdo por las empresas multinacionales. La dirección empresarial y los sindicatos firmantes del acuerdo internacional están obligados a su observancia. Sin embargo, uno de los grandes problemas de dichos acuerdos se refiere a la imposibilidad de extender su eficacia a toda la cadena de operaciones internacionales que desarrollan las empresas multinacionales.

34 Se han producido importantes movimientos de protesta por parte de los propios Estados de origen en los que operan las multinacionales. Se ha creado, pues, una conciencia social sobre la importancia del control de las cadenas internacionales donde operan las multinacionales. En este sentido, conviene tener en cuenta la ley francesa de 2013, adoptada como consecuencia de un importante movimiento social. Dicha ley contemplaba la obligación de las matrices, así como de las empresas principales, de vigilar internacionalmente sus estructuras y con ello la acción de sus empresas filiales y empresas de subcontrata. Conviene destacar que en Francia se produjo un profundo debate en la academia sobre la necesidad de revisar los controles privados en el ámbito de las empresas multinacionales. Vid. SUPIOT, A., *L'Entreprise dans un monde sans frontières. Perspectives économiques et juridiques*, Paris, Dalloz, 2015. ROBÉ, J.Ph., *Le Temps du monde de l'entreprise*, Paris, Dalloz, coll. À droit ouvert, 2015. ROBÉ, J.Ph. - MAZUYER, E., "Faut-il faire une évaluation sociale des entreprises ?", en *Revue de Droit du Travail*, 2010. QIN, F., "Commerce mondial et

de acogida. Es preciso afrontar una regulación conjunta, a escala internacional, que permita superar los efectos perniciosos de la globalización económica en el ámbito social y con ello poder beneficiarnos de los efectos positivos de la globalización económica. La mundialización de los mercados genera el aumento del comercio internacional y promueve condiciones de riqueza. Se trata de un debate que deberá conjugar el interés general con el propio desarrollo del modelo de las empresas multinacionales, llamadas a garantizar necesariamente los derechos humanos en el trabajo.

5. LA CONFORMACIÓN DE UN NUEVO CONTRATO SOCIAL FRENTE AL LIBRE MERCADO GLOGAL Y LA DESREGULACIÓN EN EL TRABAJO

El proceso de globalización económica ha venido a transformar las bases del Derecho del Trabajo. Sin duda, el fomento de la flexibilidad laboral da lugar a la diferenciación de las condiciones de trabajo a escala internacional, ocupando en este ámbito un papel importante las empresas multinacionales. Dichas empresas se presentan como un auténtico factor de desarrollo de la globalización, viniendo a propiciar la concentración de capitales y la expansión de las actividades comerciales en el mundo. Uno de los efectos demandados por las empresas multinacionales se refiere a la adaptación de las reglas internacionales del trabajo, que desde su perspectiva, deberían adaptarse mucho mejor a las circunstancias y a las necesidades empresariales en función de la realidad de cada país. Ciertamente, estas demandas dan lugar al correlativo debilitamiento del estatus laboral de los trabajadores, que se ha producido de forma evidente mediante la desactivación del propio sistema de control sindical. Se produce, pues, la transformación de la función protectora básica inherente al Derecho del Trabajo, que tradicionalmente ha venido asumiendo la intervención en las relaciones de trabajo y la vigilancia de las reglas laborales[35].

efficacité des codes de conduite des entreprises: état des lieux à partir d'études empiriques", Daugareilh, I., *La RSE, vecteur d'un droit de la mondialisation*, éd. Bruylant, 2016. DAUGAREILH, I., *Responsabilité sociale de l'entreprise transnationale et globalisation de l'économie*, éd. Bruylant, 2010. Moreau, M.A*., Normes sociales, droit du travail et mondialisation*, Paris, Dalloz, 2006..

35 Resulta de vital importancia el papel de los Estados Sociales de Derecho, que garantizan institucionalmente un equilibrio mínimo respecto del desarrollo de las relaciones laborales. Vid. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., "Política, globalización y condiciones de trabajo", *Relaciones Laborales*, núm. 11, 2000. D'ANTONA, M., "Diritto del lavoro di fine secolo: una crisi di indentità", *Rivista Giuridica del Lavoro e Della Previdenza Sociale*, T.I, 1998, 311. BAYLOS GRAU, A., "Globalización y Derecho del Trabajo: realidad y proyecto", *Cuadernos de Relaciones Laborales*, núm. 15, 1999. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., "Sobre la 'globalización' y el futuro del Derecho del Trabajo", en *Documentación Laboral*, núm. 60, 1999. DURÁN LÓPEZ,

Esta tendencia se ha calificado gráficamente como un proceso de "desmontaje" de las legislaciones laborales de los Estados. Se ha producido una pérdida evidente de la eficacia jurídica de los mecanismos clásicos de control laboral. Igualmente, se ha alcanzado la desactivación de los mecanismos de acción colectiva en las relaciones laborales. Precisamente, las empresas multinacionales que operan a gran escala buscan aquellos países y sectores de actividad en los que exista un menor grado de implantación sindical. Conviene apuntar que en los últimos tiempos los derechos laborales nacionales han afrontado reformas en clave de flexibilidad laboral, máxime en tiempos de crisis económica. El ajuste de los costes laborales se ha manifestado como una prioridad para el desarrollo del comercio y la inversión extranjera. Estamos ante una situación que produce la rebaja de los salarios. Concretamente, ello afecta a los salarios de los trabajadores menos cualificado y correlativamente da lugar a una rebaja en las cotizaciones a la Seguridad Social. En los últimos años los trabajadores han perdido mucho poder adquisitivo y especialmente los salarios mínimos tienen un valor que ha venido devaluándose en los últimos años. Conviene recordar la importancia de los convenios OIT núm. 100, relativo a la remuneración igual por un trabajo de igual valor, así como el convenio núm. 111, sobre discriminación en el empleo y la ocupación. Dichos convenios forman parte de los instrumentos fundamentales OIT y se encuentran insertos en el modelo de desarrollo de los principios y derechos fundamentales en el trabajo. Estos convenios son esenciales para alcanzar el objetivo de la promoción de la igualdad y la supresión de las distintas fórmulas de discriminación en el empleo. Son convenios que han sido ratificados masivamente por la comunidad internacional, especialmente en América Latina, pero dicho reconocimiento formal no se ha traducido en la garantía de igualdad en la práctica. Las diferencias salariales siguen persistiendo y se presentan en la dinámica de las relaciones laborales, especialmente en relación a la brecha salarial existente, aún hoy día, entre hombres y mujeres en el ámbito laboral. De igual modo, el contexto actual potencia las denominadas transiciones en los mercados de trabajo, en virtud de la rotación de la temporalidad laboral. Esta situación impide la consecución del principio de estabilidad en el empleo. Asimismo, se está favoreciendo un nuevo régimen de extinción contractual flexible, que permite un mayor margen de gestión de las plantillas de las empresas desde el punto de vista de la flexibilidad externa. Por todo ello,

F., "Globalización y Derecho del Trabajo", en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 92, 1998. SIMITIS, S., "Il diritto del lavoro ha ancora un futuro?, en *Giornale di Diritto del Lavoro e Realazioni Industrialli*, 1997, pp. 613-614.

podemos destacar que las garantías laborales se encuentran en un proceso de constante adaptación en base a estas demandas de flexibilidad reclamadas para estimular el comercio global[36].

Con carácter general, se ha apuntado a la deshumanización como un rasgo caracterizador de la globalización económica. La mundialización de la economía permite la integración de las economías a escala de forma internacional, así como la promoción de la iniciativa privada. Con todo, no se trata de un proceso homogéneo internacionalmente, ya que existen importantes diferencias en función de los países que se analicen. No obstante, la característica común se resume en la apertura y liberalización de las economías, desarrollando un modelo económico que en gran medida excluye a importantes segmentos de la población. Dicha globalización económica permite el aumento de los movimientos transnacionales de bienes y servicios, que se han visto evidentemente favorecidos por los avances tecnológicos en la información y comunicación. No obstante, la actividad se desarrolla en los países de acogida aplicándose a actividades marginales, sin que se promueva una equiparación efectiva respecto de los países de origen de las empresas multinacionales. Por todo ello, se ha indicado que la globalización económica no deja de ser un proceso que se proyecta más sobre el mercado que sobre las personas. Es decir, no se producen efectos directos en beneficio de las personas, siendo sus derechos e intereses vitales en muchos casos descuidados.

La globalización económica viene directamente acompañada del *dumping* social. Ciertamente, la globalización económica fomenta la localización de la actividad económica en determinados países con bajos costes laborales. Estas prácticas benefician a las empresas multinacionales. En el contexto de la globalización las empresas transnacionales están compitiendo en distintos países con costes sociales diversos, siendo ello un factor que incide en la competitividad empresarial. En muchos casos, los países se esfuerzan decididamente en reducir los costes laborales y de Seguridad Social como llamada a la inversión extranjera [37]. Dicha tendencia no se refiere exclusivamente a un país, sino que se proyecta

36 Respecto de la manifestación de los derechos laborales como límites a la flexibilidad laboral. Vid. CAMPANA ZEGARRA, D., "Globalización y libre comercio: los nuevos escenarios de regulación de los derechos laborales", en *Asesoría Laboral,* núm. 75, 1999, p. 20. CASTELLS, M., *La era de la información.* Vol. I. *La sociedad red,* 2.ª ed., Vol III. *Fin de Milenio,* 3.ª ed., Alianza Editorial, Madrid, 2001, pp. 171-172.

37 Con carácter general, la proliferación del *dumping* social se presenta como una manifestación de competencia desleal, que se produce entre los distintos ordenamientos jurídicos de trabajo. Desde esta perspectiva, la globalización económica repercute directamente en las relaciones labo-

de forma global. Se trata de una tendencia que ya fue reflejada por la OIT en el informe titulado "El Trabajo en el Mundo 1997-1998". Este texto institucional constataba que la globalización económica venía a exponer a las empresas a una competencia cada vez mayor. Este factor estaba en justa correspondencia con la tendencia paralela a la disminución de la protección, que tradicionalmente han venido dando las normas jurídico-laborales. En efecto, el *dumping* social se presenta como una consecuencia directa de la globalización económica. El *dumping* social solamente se puede combatir en virtud de la acción concertada por parte de los Estados y consensuadas en el ámbito internacional, garantizando las reglas internacionales del trabajo. El objetivo sigue siendo imponer al mercado unas reglas jurídicas de carácter social básicas, que aseguren una mejora significativa en las condiciones de vida, con derechos laborales y prestaciones sociales adecuadas. Desde esta perspectiva, los gobiernos deben actuar con una mínima coordinación internacional, desarrollando políticas que combinen aspectos económicos y sociales con vistas a la cohesión social. Ello supone garantizar principios esenciales como la igualdad y la justicia social en el ámbito laboral. No obstante, nos encontramos ante un reto de gran magnitud, dada la dificultad de hallar soluciones únicas frente a un fenómeno como la globalización con múltiples aristas[38].

La globalización ha tenido consecuencias directas en la calidad del empleo, incrementando las desigualdades laborales y sociales. El proceso de globalización económica ha dado lugar a nuevos ámbitos de desigualdad y se ha proyectado especialmente en los países en vías de desarrollo. Por ejemplo, esta situación se aprecia claramente en los países africanos y en determinados países de América

---

rales debido precisamente al nivel de competencia cada vez mayor que existe entre las empresas a escala internacional. Vid. DURÁN LÓPEZ, F., "Globalización y relaciones de trabajo", en *Revista Española de Derecho del Trabajo,* núm. 98, 1998, p. 870. GLADSTONE, A., "Globalización, descentralización y relaciones industriales", en *Revista de Trabajo,* núm. 7, Ministerio de Trabajo y Promoción Social, Lima, 1997, pp. 12-13. MUÑOZ DE BUSTILLO Y LLORENTE, R. y BONETE PERALES, R., *Introducción a la Unión Europea: un análisis desde la economía,* 3.ª ed., Alianza Editorial, Madrid, 2002, pp. 231-233.

38 Estamos, pues, ante un problema de carácter estructural, que supone la vinculación de la globalización económica con las relaciones laborales. Vid. VON POTOBSKY, G., "La normativa laboral frente a la reestructuración, el desarrollo y la globalización de la economía", en *Relasur,* núm. 6, 1995., pp. 18-19. CANO, E., "Análisis de los procesos socioeconómicos de precarización laboral", Cano, E., Bilbao, A. y Standing, G., *Precariedad laboral, flexibilidad y desregulación,* Confederación Sindical de CC.OO., Madrid, 2000, pp. 39-40. MARIUCCI, L., "La forza di un pensiero debole. Una crítica del 'Libro Bianco´ del lavoro», AA.VV. *Lavoro ritorno al passato,* Ediesse, Roma, 2002, pp. 49-50.

Latina, que cuentan con un menor índice de desarrollo. Se han creado nuevas situaciones de inseguridad, vinculadas generalmente a las fluctuaciones de los mercados. Concretamente, en los países de economías emergentes, donde las empresas multinacionales operan, los Estados tienen menores posibilidades de acción frente a los poderes económicos. Conviene apuntar que dicho proceso de devaluación en las condiciones laborales no se ha contenido por parte de los organismos internacionales, que no han desarrollado una función efectiva de vigilancia y control. Se trata, pues, de un contexto que ha favorecido el incremento de la desigualdad y que ha venido a afectar negativamente a los mercados de trabajo. No cabe duda de que la liberalización económica debe asentarse en la observancia del trabajo decente. Precisamente, en América Latina sigue siendo éste un objetivo esencial, como ya se proclamó en la XV Reunión Regional Americana de la OIT (Lima, diciembre de 2002). La globalización demanda ajustes sociales. Se trata de un dilema que relaciona crecimiento económico frente a igualdad y protección desde una dimensión internacional. Dicho dilema no debe plantearse como un problema irresoluble. En ese sentido, debemos señalar que la flexibilidad no debe ser entendida como un aspecto incompatible con la garantía del empleo de calidad y con la protección del modelo de trabajo con derechos. Debe asegurarse, pues, un modelo de trabajo en el que exista un nuevo equilibrio garantizado por las autoridades nacionales e internacionales y que esté avalado por el diálogo social. Se trata de un reto de la sociedad, máxime ante el aumento del trabajo informal y de la pobreza. Según la propia OIT, en los últimos años se ha producido un abandono del mercado de trabajo. Cabe destacar la situación de América Latina, donde el sector informal de la economía tiene una cuota insoportable, que, sin duda, repercute en el propio mantenimiento del modelo de protección social. Con carácter general, se considera que aproximadamente dos tercios de la población activa se encuentra excluida de mecanismos de protección social, incluyendo el acceso a la prestación básica de salud, así como la exclusión respecto del acceso a las pensiones.

Especial mención requiere la garantía de la protección social en el contexto de la globalización económica. Se destaca que la globalización económica es un proceso incompatible con la permanencia del Estado de Bienestar. Ciertamente, el desarrollo de un mercado global entra en constante colisión con el mantenimiento del actual modelo de Estado social, que encuentra especiales dificultades para garantizar sus niveles de protección en el mundo globalizado. Este es uno de los factores principales que explican la actual crisis de la Seguridad Social.

Se trata de una manifestación directa de la propia crisis del Estado-Nación, dados los grandes obstáculos que impiden el intervencionismo de las autoridades públicas en materia de protección social. Sin duda, uno de los grandes retos del actual modelo de Seguridad Social consiste en garantizar una protección social mínima y amplia, que asegure la cobertura a los nuevos grupos de riesgo desprotegidos. En este sentido, es preciso aplicar nuevas reglas en un contexto internacional, que eviten la extensión del denominado *dumping* social en materia de Seguridad Social. La globalización económica ha permitido la apertura de las economías nacionales. Ello ha facilitado la interrelación de los sistemas económicos y sociales, que han competido entre sí en un mercado global. La Seguridad Social se tendrá que organizar en atención a las condiciones de cada Estado o región. Sin embargo, sigue siendo precisa una mínima coordinación internacional que fomente un estándar de protección social con fines evitar el subdesarrollo. Estamos ante un objetivo crucial con vistas a propiciar la cohesión social a escala internacional, posibilitando una mínima integración internacional desde la perspectiva del principio de solidaridad[39]. Desde esta perspectiva, podemos decir que la Seguridad Social igualmente puede contribuir a solucionar los ajustes sociales inherentes al proceso de globalización económica. La Conferencia General de la OIT entendió que "la creación de empleo es la forma de Seguridad Social más segura para los trabajadores (…) [que] generaría una mano obra más productiva y estable, y aumentaría la productividad de las empresas y las economías". Efectivamente, el desarrollo de estas políticas sociales no debe suponer un obstáculo al crecimiento económico y al aumento de la productividad de las empresas. Al contrario, el desarrollo de los mecanismos de protección social puede incentivar la consecución de mejoras sociales, pudiendo los sistemas de Seguridad Social compensar los efectos sociales negativos inherentes al propio proceso de globalización económica.

Es especialmente importante realzar la función de la OIT en la vigilancia de la globalización económica desde la perspectiva de las relaciones laborales. La OIT no debe situarse en un plano meramente pasivo ante la dinámica del mercado global, sino que debe seguir realizando una función de vigilancia de las reglas del Derecho del Trabajo. La función de control de la OIT debe reforzarse,

39 Ciertamente, a medida que aumenta el crecimiento económico los gobiernos aplican un mayor gasto público social. El desarrollo de las políticas públicas se proyecta positivamente en la protección laboral y de Seguridad Social. Se aprecia evidentemente una relación directa entre el crecimiento económico y el desarrollo de un país con su sistema de protección jurídico laboral y de Seguridad Social.

impulsando con ello el reconocimiento y la eficacia de los derechos fundamentales en el trabajo. Dichos derechos laborales tienen un valor universal, sin que importe la nacionalidad o el estatus laboral, puesto que el derecho al trabajo se configura internacionalmente como un derecho humano. La OIT debe garantizar internacionalmente el cumplimiento de los estándares mínimos laborales, asegurando la aplicación de condiciones mínimas en el trabajo en aplicación de los derechos fundamentales contemplados en la propia Constitución de la OIT y en los convenios internacionales. Ello supone observar fielmente los principios plasmados en la Conferencia Internacional del Trabajo de 1998, en la declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo. En América Latina dicha exigencia se encuentra igualmente proclamada en la Carta Democrática Americana, proclamada por la OEA, que viene a garantizar la promoción y la defensa de la democracia. Esta proclamación asegura el ejercicio de los derechos laborales, así como la aplicación de las normas laborales internacionales. Por todo ello, es preciso seguir reforzando el propio cumplimiento de la declaración de la OIT de 1998 relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo. No cabe duda de que la propia idea de democracia viene a fortalecerse con la mejora de las condiciones de trabajo y con la consiguiente calidad de vida de los trabajadores, como se garantiza en el artículo 10 de la mencionada Carta Democrática[40].

Nos encontramos ante unos objetivos especialmente difíciles, pero necesarios frente a un proceso de desregulación de dimensión global. En este contexto la OIT debe seguir asumiendo el papel de garante internacional de las reglas internacionales del trabajo y de los derechos fundamentales internacionales, contribuyendo de este modo a la defensa de la justicia social en un mundo global. Es necesario, pues, fijar límites al mercado mundial en virtud de las reglas laborales y sociales, impidiendo que la competencia internacional repercuta de forma negativa en las condiciones de vida y de trabajo de las personas. El libre comercio no es más que un medio y nunca puede presentarse como un fin. La globalización requiere un nuevo contrato social a escala global, que presuponga

40 Dichos principios se encuentran en los propios convenios de la OIT y deben ser promocionados por los distintos Estados miembros. El objetivo es asegurar los principios esenciales relativos a la libertad de asociación y a la libertad sindical. En definitiva, son principios clave para el desarrollo efectivo del derecho de negociación colectiva. De igual modo estamos ante una herramienta esencial para eliminar las distintas manifestaciones de discriminación en materia de empleo y la ocupación. Con todo ello, se asegura el objetivo de alcanzar una globalización equitativa, promoviendo la eficacia de los derechos fundamentales en el trabajo.

un entendimiento en el ámbito de las relaciones laborales en base a reglas de trabajo justas. Ello supone garantizar la eficacia de las reglas internacionales, asegurando un modelo de gobernanza en el proceso global de mundialización de la economía. Los países de economías emergentes o en vías de desarrollo consideran que el proceso de globalización no es plenamente beneficioso, puesto que se trata de un modelo que afecta de forma negativa a sus economías, así como a sus relaciones laborales y al propio mantenimiento de sus regímenes públicos de Seguridad Social. La mejor manera de superar los efectos adversos de la globalización económica depende de la humanización y dignificación del mercado global. La mundialización de la economía tiene evidentemente aspectos positivos y negativos, es decir, en este debate se presentan ciertamente luces y sombras. Se debe, pues, promocionar las consecuencias especialmente beneficiosas para las personas, avanzando hacia un modelo que se aleje decididamente de la autorregulación. El objetivo es alcanzar un modelo de gobernanza laboral internacional, que se fundamente en los principios internacionales del trabajo. De esta forma se podría superar el actual modelo de globalización que se encuentra en una situación de libertad absoluta sin contrapesos sociales.

La situación actual es, sin duda, urgente y los problemas deben ser atendidos. Se debe de trabajar en busca de un modelo de globalización diferente, que garantice trabajo digno para todas las personas. En Latinoamérica, dicho modelo de gobernanza de la globalización deberá estar igualmente orientado al respeto de las libertades democráticas y a la garantía de los derechos de carácter individual y colectivo, que deben asegurarse en el desarrollo de las relaciones laborales. Es especialmente importante avanzar en la universalización de la protección social en los sistemas públicos latinoamericanos. Este modelo de gobernanza internacional del trabajo debe atender los problemas presentes por el aumento del desempleo, que castiga especialmente a las mujeres y a los jóvenes en los mercados de trabajo. De igual modo, se debe dar una respuesta decidida al aumento de la economía informal, así como a la precariedad laboral, que aumenta progresivamente en el conjunto de los sistemas de relaciones laborales. Nos encontramos ante los grandes retos de nuestras sociedades. Este contexto obliga a buscar soluciones frente a las nuevas formas de pobreza y de exclusión social. Conviene reflexionar sobre el alcance de estos grandes retos de la sociedad actual y preguntarnos si son consecuencia directa de la globalización o si, por el contrario, son efecto de problemas estructurales, ya consolidados en nuestras realidades sociales. Estamos efectivamente ante problemas tradicionales, que

el proceso de globalización económica no ha conseguido superar. Se trata de problemas que los Estados deberían superarlos, aplicando junto a las medidas internacionales, decisiones especificas adoptadas en el ejercicio de las facultades inherentes a la soberanía nacional[41].

41 Se trata de evaluar las distintas variables que deben analizarse necesariamente de forma conjunta. El objetivo consiste en permitir el desarrollo de la libertad, la seguridad, la equidad y el trabajo decente. Con carácter general, es preciso conseguir un modelo de globalización diferente y ello a pesar de que parezca a priori un objetivo imposible. Efectivamente esta sería la única manera que permitiría conseguir el objetivo del trabajo decente, sin que dicha meta resulte una mera quimera. Se debe, pues, producir un cambio de filosofía y comprender que el objetivo del trabajo decente es una meta plenamente alcanzable. En caso contrario, el actual sistema de trabajo protegido se deterioraría aún más, agravándose con ello los márgenes de pobreza y exclusión social.

POSIBLE APROBACIÓN DE UNA DIRECTIVA COMUNITARIA QUE REGULE LA DILIGENCIA DEBIDA EMPRESARIAL EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

PRISCILA MARTÍN VALES

Profesora Asociada en Universidad de Salamanca (2018) y de la Escuela de Relaciones Laborales de Zamora (2021). Doctora en Derecho por (2017), Graduada en Derecho (2014) y Diplomada en Relaciones Laborales (2010) por la Universidad de Salamanca. Miembro del equipo de investigación del Proyecto Europeo "La construcción transnacional del Derecho del Trabajo: de la pirámide a la red. La contribución española" (TRANSLAB) y del Grupo de Investigación "Comercio internacional y trabajo" del XXIII Congreso Mundial SIDTSS.

ABSTRACT: The possible violation of human rights increases as one descends the subcontracting chain, derived in most cases from the scarce control of due diligence in third States and the differentiation of criteria to be followed in each State, in those cases in those that exist such. One of the possible elements to consider would be the promulgation of a directive applicable to all member states and to their multinational companies, through mandatory due diligence embedded, in turn, in a set of comprehensive measures: definition of the content of non-financial reports and their requirements, criteria and uniform mechanisms for the assessment and prevention of behaviors that violate human rights, external audits of international organizations, among others.

KEYWORDS: Human rights, due diligence, transnationalization.

1. INTRODUCCIÓN

Dentro de los derechos humanos laborales, tal y como se contemplan en los distintos conjuntos normativos de carácter internacional, se enmarca el derecho al trabajo decente, concepción que está adquiriendo una vasta relevancia, llegando incluso a desplazar la concepción de derechos humanos por este[1].

Los estándares de derechos laborales fundamentales de la OIT son sustancialmente inferiores a los de la UE, cuestión no baladí, ya que esta afectó, en su momento, a la ratificación o no ratificación de los Convenios de la OIT por parte de los Estados miembros de la UE. Cuestión que abala la imperiosa necesidad de regulación internacional de los derechos humanos laborales de carácter universal y de eficacia obligacional, tanto por los entes públicos, como por los entes privados.

La problemática a abordar, con carácter general, es la de aunar los derechos e intereses de la economía con los de los derechos laborales. Para ello la UE ha establecido diversas vías de actuación; en primer lugar, a través de los Códigos de Buen Gobierno, en los que se recogen recomendaciones y principios de actuación voluntarios, transformándose en 2004 en un texto con carácter normativo, no obstante, no obtuvo la eficacia esperada por el legislador europeo[2].

1 Lantarón Barquin, David, "Estándares Laborales internacionales en la era de la globalización", Trabajo y Derecho, 28, 2017, pp. 37.

2 Lantarón Barquin, David, "Estándares Laborales internacionales en la era de la globalización",

En segundo lugar, la UE estableció la obligación de formalización de informes no financieros sobre la información social y medioambiental de las empresas, ampliando dicha obligación a todos los sectores. Ha de apreciarse que hasta ese momento se limitaba al sector financiero. Hecho que dio origen a la entrada en vigor de la Directiva 2013/34/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de septiembre de 2013, sobre los estados financieros anuales, los estados financieros consolidados y otros informes afines de ciertos tipos de empresas. No obstante, la consolidación de la obligatoriedad del deber de diligencia empresarial a nivel de la UE, se produjo con la entrada en vigor con la Directiva 2014/95/UE Del Parlamento Europeo y del consejo de 22 de octubre de 2014 por la que se modifica la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a la información no financiera e información sobre la diversidad por determinadas grandes empresas y determinados grupos.

En aplicación de tal norma europea las empresas sujetas a la misma deberán «ofrecer una imagen fiel y completa de sus políticas, resultados y riesgos[3]».

Así mismo, en tercer lugar, se encuentran los Tratados de Inversión de la UE y los Acuerdos de Asociación Económica, limitándose tales conjuntos normativos a la protección de los inversores, acompañados, en su caso, por la promoción de los inversores. Empero, dicha promoción trae como consecuencia directa la inobservancia de los derechos sociales, laborales y medioambientes. Cuestión no baladí a la hora de proteger y afianzar los derechos fundamentales laborales y, en mayor medida por lo que nos ocupa en relación a las presentes líneas, la diligencia debida empresarial. Así mismo, otra de las cuestiones llamativas es la solución de diferencias entre Estados, por la cual, se crea un mecanismo para solucionar las controversias dimanadas entre países o partes del acuerdo, comenzando el mismo con un periodo de consultas y mediación, seguido de un arbitraje. A diferencia de los mecanismos de solución de diferencias entre estados e inversores, por los cuales los inversores podrán llevar a cada Gobierno del país de acogida ante los Tribunales internacionales.

Trabajo y Derecho, 28, 2017, pp. 50.

3 Considerando 5 Directiva 2014/95/UE del Parlamento europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2014.

2. EVOLUCIÓN NORMATIVA DE LA DILIGENCIA DEBIDA

La legislación europea del deber de diligencia debida empresarial es de carácter sectorial, careciendo, por ende, de normativa alguna de carácter uniforme y obligatorio. Cuestión determinante a la hora observar la efectividad de tales normas en el devenir de las relaciones laborales y empresariales de las empresas afincadas en un Estado miembro, así como de las entidades vinculadas a los mismos. En función de lo cual, podemos señalar tres conjuntos normativos sectoriales, dos reglamentos y una directiva, vigentes, siendo estas: el Reglamento (UE) 995/2010, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2010, por el que se establecen las obligaciones de los agentes que comercializan madera y productos de la madera[4]; la Directiva 2014/895/UE del Parlamento europeo y del consejo de 22 de octubre de 2014, por la que se modifica la directiva 2013/34/UE en lo que respecta a la divulgación de información no financiera e información sobre la diversidad por parte de determinadas grandes empresas y determinados grupos[5]; y, el Reglamento (UE) 2017/821 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 mayo de 2017 por el que se establecen las obligaciones en materia de diligencia debida en la cadena de suministros por la que respecta a los importadores de la Unión de estaño, tantalio y wolframio, sus minerales y uso originario de las zonas de conflicto o alto riesgo[6].

En relación al Reglamento 995/2010, esta norma establece la obligación del deber de diligencia debida empresarial a los «agentes que comercializan por primera vez madera y productos de madera en el mercado interior», excluyendo de tal obligación a los que ya hayan comercializado con estos productos en más de una ocasión. Cuestión controvertida, máxime cuando esta obligación exclusivamente se exige en una primera operación mercantil, y no en las sucesivas. Por lo cual, parece ser un indicativo de la escasa repercusión y eficacia de la norma. No obstante, dicha repercusión y eficacia se analizará en las líneas siguientes. Volviendo al Reglamento 995/2010, su ámbito de aplicación abarca, además, a los comerciantes de las cadenas de suministro, pudiendo ser exigible la información relativa a su proveedor y su comprador para permitir la trazabilidad de la madera. La determinación de este ámbito de aplicación subjetivo de la norma se basa en un enfoque sistemático escogido por el legislador europeo para la misma.

4 De ahora en adelante Reglamento 995/2010.

5 De ahora en adelante Directiva 2014/885/UE.

6 De ahora en adelante Reglamento 2017/821.

Se establecen, por otro lado, como elementos inherentes a la gestión del riesgo el acceso a la información, la evaluación del riesgo y la reducción del riesgo detectado. En los supuestos en los que se detecte un riesgo, los medios que han de utilizarse por los agentes han de ser, en todo caso, proporcionados, con la finalidad última de impedir la comercialización en el mercado interior de madera y sus productos derivados obtenidos de forma ilegal.

Asimismo, las sanciones que pudieran dar lugar las infracciones de las disposiciones reglamentarias, deberán ser garantidas por los Estados miembros de forma objetiva, proporcionada o disuasoria.

El deber de vigilancia y control del cumplimiento de las disposiciones contenidas en la norma recae sobre las autoridades competentes, el cual se pude materializar a través de controles periódicos, entre otros, debiendo ser incluidos en un registro a tal efecto.

Los agentes están obligados a mantener y evaluar periódicamente el sistema de diligencia debida que utilice, salvo si utiliza un sistema de diligencia debida establecido por entidad de supervisión (art. 4.3 Reglamento 995/2010). Considerándose sistemas de diligencia debida las medidas y procedimientos que faciliten el acceso a la información relacionada con el suministro, procedimiento de evaluación del riesgo que permitan al agente analizar y evaluar el riesgo, y, procedimientos de reducción del riesgo, salvo en los supuestos en los que el riesgo detectado sea «despreciable», en los que se exigirá una mayor documentación y/o evaluación por terceros y su posterior verificación (art. 6.1 Reglamento 995/2010).

No obstante, estos agentes estarán sometidos a controles por parte de las autoridades competentes. En los supuestos en los que se hayan detectado insuficiencias, dichas autoridades, con carácter potestativo, expedirán una notificación con medidas correctoras de obligado cumplimiento para el agente (art. 10.5 Reglamento 995/2010). Además, los Estados miembros podrá realizar medidas cautelares, de carácter provisionales, tales como la incautación de madera y de los productos de la madera, y la prohibición temporal del comercio de madera y de productos de la madera.

Por su parte, los comerciantes, deberán ser capaces de identificar a todos los miembros de la cadena de suministro, conservando la información de los mismos durante dos años, como mínimo (art. 5 Reglamento 995/2010).

Las sanciones serán determinadas por el Estado miembro, así como las medidas necesarias en los supuestos de ejecución de tales sanciones. Estas deberán ser efectivas, proporcionadas y disuasorias, pudiendo ser multas, incautación de madera y de los de los productos de madera y suspensión inmediata de la autorización de la actividad comercial (art. 19 Reglamento 995/2010).

Otra de las obligaciones impuestas a los Estados miembros se contiene en el artículo 20 Reglamento 995/2010, por la cual dichos Estados deberán emitir un informe a presentar en la Comisión sobre la aplicación de tal normativa, con una periodicidad bianual. Mientras que, cada seis años se procederá por parte de la comisión a la revisión del funcionamiento y efectividad de la norma, así como de las consecuencias sobre las pymes.

En segundo lugar, la Directiva 2014/95/UE, establece la coordinación entre las disposiciones nacionales de los Estados miembros en relación a la divulgación de información no financiera, como un requisito esencial de cumplimiento entre los Estados de la UE, ya que la mayoría de las empresas del sector opera en diferentes Estados miembros. Por lo que «las empresas sujetas a la misma deben ofrecer una imagen fiel y completa de todas sus políticas, resultados y riesgos». De manera que, será obligatorio para las grandes empresas la elaboración de un informe de estado no financiero en el que se contemple la información relativa, con carácter esencial, a cuestiones medioambientales y sociales, respecto a los derechos humanos y a la lucha contra la corrupción y el soborno. Dicho estado ha de establecer una descripción de las políticas, resultados y riesgos de las materias señaladas anteriormente, así como, información sobre los procedimientos de diligencia debida aplicados, tanto de la propia empresa como de sus cadenas de suministro y subcontratas. En todo momento se han de seguir los criterios de proporcionalidad ya contemplados en el Reglamento 995/2010.

En relación con la diligencia debida en las relaciones laborales, deberá constar las medidas adoptadas para garantizar la igualdad de género, la aplicación de convenios fundamentales de la OIT, las condiciones de trabajo, el diálogo social, el respecto del derecho de los trabajadores a ser informados y consultados, el respecto de los derechos sindicales, la seguridad y la salud en el trabajo y el diálogo y medidas adoptadas con las comunidades locales, además de la inclusión de medidas adoptadas en relación a las posibles violaciones de derechos humanos.

Empero, tal informe sobre la información no financiera no debe conllevar una sobrecarga administrativa a las pymes y microempresas de los Estados miem-

bros y de la cadena de valor. Por lo cual, el ámbito de aplicación de la Directiva 2014/95/UE, se define en función del número medio de empleados –mayor de 500 sobre una base consolidada en los que respecta a los grupos-, del total del balance y del volumen de negocios neto. Sin embargo, los Estados miembros podrán exigir, en función de su legislación nacional, a las pymes información de carácter no financiero. Además, deberán garantizar que existan unos procedimientos nacionales eficaces que garantices el cumplimiento de la norma, siguiendo el derecho al recurso considerado como fundamental por la ONU.

En relación a la aplicación obligatoria de políticas de diversidad aplicadas a su órgano de administración, únicamente para algunas de las grandes empresas, ha de señalarse que en los supuestos en los que no se aplique tal política de diversidad, no se ha de imponer su establecimiento. No obstante, ello no es óbice, para que no se le exija otra medida de carácter supletorio como una declaración sobre gobernanza empresarial en la que contenta una motivación de su no aplicación.

Una de las principales modificaciones a la Directiva 2013/34/UE, es la relativa a la exoneración obligacional de las empresas filiales, en los supuestos en los que tanto la empresa matriz como las filiales están incluidas en el informe de gestión consolidado o en el informe separado de otra empresa (art.1.3 Directiva 2014/95/UE). Asimismo, se podrá exonerar, por parte de los Estados miembros, a las empresas de incluir información relativa a acontecimientos inminentes o cuestiones en curso de negociación en los supuestos en los que esté debidamente motivado por los órganos de administración, dirección y supervisión, y pueda, a su vez, tal divulgación perjudicar gravemente a la posición comercial de la empresa, siempre y cuando, dicha omisión «no impida la compresión de la imagen fiel y equilibrada de la evolución, los resultados y la situación de la empresa, y el impacto de su actividad».

Además, los Estados miembros deberán asegurarse de que se le ha facilitado el estado no financiero al auditor, y de que dicha información pueda ser verificada por un prestador independiente de servicios de verificación.

Mediante la entrada en vigor de la Directiva 2014/95/UE, se establece el estado financiero no consolidado, delimitando el ámbito de aplicación de la norma a las empresas que tengan en plantilla a 500 o más trabajadores, debiendo contener: una breve descripción del modelo de negocio del grupo; una descripción de las políticas que aplica el grupo en relación con dichas cuestiones;

los resultados de tales políticas; los principales riesgos relacionados con dichas cuestiones vinculadas a las actividades del grupo, en virtud de los principios de pertinencia y proporcionalidad; y, los indicadores clave de los resultados no financieros relativos a la actividad empresarial.

La Comisión, por su parte, y en virtud de mandato imperativo del legislador europeo, ha elaborado unas directrices no vinculantes, teniendo en cuenta las mejores prácticas existentes, la evolución internacional y los resultados de iniciativas llevadas a cabo por la UE. Por otro lado, dicha Comisión ha de presentar informes al Parlamento Europeo y al Consejo relativos a la aplicación de la presente Directiva a determinadas «grandes empresas no admitidas a negociación en un mercado regulado, su eficacia y nivel de orientación» (art. 3 Directiva 2014/95/UE).

En virtud del mandato del legislador europeo se realizó en 2017 por parte de la Comisión unas directrices no vinculantes relacionadas con la metodología a seguir para la presentación de información no financiera, no constituyendo una norma técnica. Asimismo, establece los factores para evaluar la importancia relativa de la información, como son: el modelo de negocio, estrategia y riesgos principales; las principales cuestiones sectoriales; los intereses y expectativas de las partes interesadas; el impacto de las actividades; y, factores relacionados con las políticas públicas y con la regularización.

Por otra parte, en relación a los métodos para obtener o reflejar una imagen más fiel y exacta, tales como: las disposiciones de adecuación de gobernanza empresarial; sistemas sólidos y fiables de las pruebas documentales, control interno y presentación de informes; participación efectiva de las partes interesadas; y, garantía externa independiente.

El estado no financiero ha de utilizar un leguaje sencillo para todos los públicos, además de ser conciso y evitar la información poco significativa, con la finalidad última de ser, dicho informe, más accesible a los sujetos.

En relación al contenido del informe no financiero, debe contener una breve descripción del modelo de negocio de la empresa[7], políticas de diligencia debida[8], resultados[9], principales riesgos y su gestión, principales indicadores de

7 En relación al modelo de negocio, las empresas pueden divulgar información sobre su entorno, organización y estructura, los mercados en los que operan, objetivos y estrategias, y, los principales factores y tendencias que pueden afectar a su evolución.

8 Ayudan a detectar, impedir y mitigar los efectos adversos existentes o potenciales.

9 Los resultados nos ayudaran a comprender las fortalezas y debilidades de la empresa.

resultados, y, cuestiones específicas. El contenido específico puede versar de cuestiones medioambientales, sociales y relativas al personal[10], respecto de los derechos humanos, asuntos relativos a la lucha contra la corrupción y el soborno; y, cadenas de suministro[11] y materiales procedentes de las zonas afectadas por conflictos.

Las sociedades deberán divulgar el estado de aplicación y los resultados en relación a la aplicación de políticas de diversidad. No obstante, en los supuestos en los que los objetivos propuestos no se hayan cumplido, la mercantil deberá indicar cómo prevé cumplirlos, incluyendo el calendario de tal cumplimiento. Asimismo, deberán indicar la relevancia de dichas políticas dentro de la planificación de la sucesión, selección, nombramientos y evaluación.

Y, en tercer lugar, el Reglamento 2017/821 posee un carácter sectorial, al igual que el Reglamento 995/2010. En los considerandos de dicha norma se afirma que en las zonas de conflicto de alto riesgo ricas en recursos minerales, las violaciones de los derechos humanos son frecuentes, siendo algunas de ellas: el trabajo infantil, la violencia sexual, las desapariciones de personas, los reasentamientos forzosos y la destrucción de enclaves importantes.

Es de notoria relevancia traer a colación, que la elaboración de las disposiciones contenidas en dicha norma, se han realizado bajo la perspectiva de la Guía de Diligencia Debida de la OCEDE, así como a las características de dicho deber empresarial de dinamismo, proactividad y continuidad. Se considera diligencia debida en la cadena de suministro «las obligaciones de los importadores de la unión de estaño, tantalio y wolframio, sus minerales y oro en relación con sus sistemas de gestión, su gestión de riesgos, las auditorías externas independientes y la comunicación de información con el fin de identificar y abordar los riesgos reales y potenciales vinculados a las zonas de zonas de conflicto o de alto riesgo para impedir o reducir los efectos negativos asociados a sus actividades de abastecimiento» (artículo 2 d) Reglamento 2017/821).

10 Aplicación de convenios fundamentales de la OIT; cuestiones de diversidad, como la diversidad de género y la igualdad de trato en el empleo y la ocupación; cuestiones laborales, como la consulta y/o participación de los trabajadores y las condiciones de empleo y trabajo; relaciones sindicales; gestión del capital humano; seguridad y salud en el trabajo; relaciones con los consumidores; repercusiones con los consumidores vulnerables; comercialización e investigación responsables; y, relaciones comunitarias, incluido el desarrollo social y económico de las comunidades locales.

11 Se incluirá información necesaria para comprender la cadena de suministro, con carácter general, y la relevancia de las cuestiones no financieras dentro de la misma.

En virtud de dicha normativa se establecerán las siguientes a los importadores de la UE de minerales en relación a gestión de riesgos, siendo estas: detectar y evaluar los riesgos de los efectos negativos en su cadena de suministro; y emplear una estrategia para afrontar tales riesgos detectados.

En este sentido, y al igual que en Reglamento 995/2010, se establece un sistema de auditorías externas con el fin de garantizar la credibilidad y transparencia ante los agentes económicos de las fases finales. Dicha auditoría deberá establecer como objetivo el conjunto de las actividades, procesos y sistemas para observar la diligencia debida, así como la comprobación de dichas prácticas, hacer recomendaciones en aras de mejorar la efectividad de las medidas adoptadas por el importador, y, respetar los principios de independencia, competencia y rendición.

Los programas de diligencia debida en la cadena de suministros deben de ser reconocidos en los sistemas de la UE e incorporar principios generales de diligencia debida, velar por la adaptación de estos a las recomendaciones específicas contenidas en la Guía de diligencia Debida de la OCEDE. Por lo que, si la Comisión decide que dichos programas permiten que el importador cumpla con lo contenido en los preceptos, concederá tal reconocimiento mediante un acto ejecutivo, verificando tal cumplimiento de forma regular. No obstante, el titular del programa deberá notificar a la Comisión cualquier modificación sobre el mismo.

En los casos en los que la Comisión detecte un incumplimiento en tales programas se lo notificará al titular del mismo, el cual deberá subsanar los extremos indicados por la Comisión. Si el titular no procede a la subsanación y la Comisión haya comprobado que los mismos comprometen la capacidad del importador, o haya reiteración, esta tendrá la facultad de retirada del reconocimiento del programa de diligencia debida. Asimismo, deberá mantener actualizado el registro de los programas reconocidos de diligencia debida en la cadena de suministros.

Los Estados miembros serán competentes para designar a la autoridad competente responsable de la aplicación del Reglamento 2017/821 en cada uno de dichos Estados. Asimismo, la Comisión ha de revisar el abastecimiento responsable y las auditorías externas, no solo en cuanto a sus consecuencias y coste, si no, también, en cuanto a su competitividad, incidiendo en este último extremo en las pymes, debiendo informar al Parlamento Europeo y al Consejo sobre las conclusiones

alcanzadas en tales extremos. Por otro lado, la Comisión tendrá otra obligación en relación a las pymes, siendo esta velar por que tales empresas reciban ayuda técnica y financiera para la aplicación de la presente norma.

El presente Reglamento delega en las autoridades de los Estados miembros la obligación de garantizar la uniformidad de cumplimiento de los preceptos contenidos en el mismo, debiendo, para ello, realizar los correspondientes controles. Los cuales deberán incluir, entre otros, el examen del cumplimiento de las obligaciones por parte del importador, el examen de documentos y registros que atestigüen el correcto cumplimiento, y, el examen de las obligaciones de auditoría.

Por otro lado, los Estados miembros deberán desarrollar el régimen sancionador derivado de los posibles incumplimientos de la norma. No obstante, las competencias de ejecución las tendrá la Comisión, así como la obligación de elaborar unas directrices de aplicación no vinculantes para dotar de claridad, seguridad y coherencia a las prácticas de los agentes económicos.

Al igual que en los conjuntos normativos anteriores, la Comisión debe informar, de forma trianual, al Parlamento Europeo y al Consejo de la efectividad de la norma, a través de los informes realizados por esta sobre la efectividad y consecuencias de la aplicación del Reglamento 2017/821, además de las propuestas de *lege ferenda,* en su caso.

La cooperación y el intercambio de información son esencial a la hora de la comprobar la efectividad de una norma y la vigilancia y control de la misma. En virtud de lo cual, el legislador ha impuesto tales como obligaciones entre los Estados miembros.

Como se ha podido observar, el Reglamento 2017/821 posee un carácter netamente proteccionista de los derechos humanos y medioambientales, así como de las obligaciones de algunas empresas en relación a la diligencia debida. Sin embargo, ello no es óbice para que tal conjunto normativo posea, a su vez, una función política, a través de la cooperación para el desarrollo y la política comercial.

3. POSIBLE TRANSFORMACIÓN DE LA DILIGENCIA DEBIDA EMPRESARIAL

Consecuencia de la normativa analizada anteriormente, el Consejo de la UE en diciembre de año 2020 emitió un informe con las conclusiones de este

órgano sobre derechos humanos y trabajo digno en las cadenas de suministro mundiales. El enfoque de la Comisión no puede ser otro que la perspectiva dada en tiempos de pandemia, la cual ha afectado, y sigue afectando, de forma negativa a la desigualdad ya existe en relación a la observancia de los derechos fundamentales, y en mayor medida a las mujeres, niños y trabajadores migrantes. La paralización de la actividad laboral con el cierre de los centros de trabajo y la consecuente pérdida de ingresos por los grupos más desfavorecidos, sobrepasando, en la mayoría de los casos, el umbral de la pobreza.

La Comisión sigue poniendo énfasis en la importancia de la cooperación entre Estados para poder mitigar lo más posible lo tan efectos adversos acaecidos con la pandemia.

Las cadenas de suministro mundiales ejercen un papel relevante en el tejido de las relaciones laborales y en el comercio mundial, representando el 80% de estas[12]. De ahí la importancia de dichas cadenas en la observancia de la diligencia debida de las empresas, en relación, sobre todo, con los derechos humanos. Por lo cual, varios países de la UE han adoptado mediante normativa interna, propuestas obligaciones en materia de diligencia debida empresarial, tales como, Francia, Países Bajos y Alemania. No obstante estos no son los únicos, quince Estados miembros más están siguiendo los pases de estos Estados.

Las medidas e iniciativas voluntarias no han sido eficaces en aras de la observancia de la diligencia debida empresarial, por lo que resulta necesario establecer una norma común que modifique esa voluntariedad a obligatoriedad. A través de la tan mencionada cooperación de Estados miembros, se deberán establecer unas líneas de actuación comunes de eficacia universal y obligacional. Recaerá en tales Estados miembros la responsabilidad de respetar, proteger y cumplir los derechos humanos[13], dentro de su jurisdicción o territorio.

A elaboración de la futura norma europea de regulación del deber de diligencia debida ha de estar someterse los compromisos previamente adquiridos por la UE de carácter internacional, así como, crear seguridad jurídica. No dejando de lado a las pymes en cuanto a sus características y necesidades.

12 Datos obtenidos de UNCTAD, Informe sobre las Inversiones en el mundo, 2013.

13 Consejo de la Unión Europea, "Conclusiones del Consejo sobre derechos humanos y trabajo digno en las cadenas de suministro mundiales", 2020, Considerando 26.

El Consejo concluye con el traslado a la Comisión Europea para que presente una propuesta de marco jurídico sobre gobernanza empresarial sostenible que incluya obligaciones de diligencia debida[14], ponga en marcha un plan de acción para responder a las necesidades de los primeros eslabones de las cadenas de suministros, entre otras cuestiones.

Todo parece indicar que la normativa en materia de diligencia debida es insuficiente para la protección efectiva de los derechos humanos en las empresas transnacionales. Ya que, pese a que algunas de las legislaciones nacionales de Estados miembros regulan la diligencia debida, no existen criterios uniformadores sobre la aplicación, medias y posibles sanciones por el incumplimiento de la misma.

La posibilidad de una normativa común para los países integrantes de la UE y sus empresas, daría a los mismos una mayor seguridad jurídica y, por ende, una mayor inversión en la observancia de la no vulneración de los derechos humanos de los trabajadores de las mismas y, a su vez, de los trabajadores de la cadena de producción.

La posible vulneración de los derechos humanos aumenta conforme se desciende en la cadena de subcontratación, derivado en la mayoría de los supuestos por el escaso control de la diligencia debida en terceros Estados y la diferenciación de criterios a seguir en cada Estado, en aquellos supuestos en los que existen tales.

Uno de los posibles elementos a considerar, sería la promulgación de una directiva aplicable a todos los Estados miembros y a las empresas multinacionales de las mismas, a través de una diligencia debida obligatoria inmersa, a su vez, en un conjunto de medidas integrales. Tales como la definición del contenido de los informes no financieros y los requisitos del mismo, criterios y mecanismos uniformes para la valoración y prevención de las conductas que violentan los derechos humanos, auditorías externas de organizaciones internacionales -como la OIT-, entre otras.

Sería necesaria la implicación y participación de otros agentes, como las organizaciones no gubernamentales y sobre todo los sindicatos, para poder suplir las posibles deficiencias de los sistemas de auditorías. No obstante, las

14 Consejo de la Unión Europea, "Conclusiones del Consejo sobre derechos humanos y trabajo digno en las cadenas de suministro mundiales", 2020, Considerando 46.

mismas no deberían ser arbitrarias, sino que estás habrían de estar sometidas a los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

Seguidamente, el Parlamento Europeo emitió un proyecto de informe con una serie de recomendaciones a la comisión sobre la diligencia debida y la responsabilidad de las empresas. Dicho informe descansa en la idea principal de que «las empresas deben respetar las derechos humanos, el medio ambiente y la buena gobernanza y no deben causar o contribuir a causar ningún impacto adverso en este sentido[15]».

Los efectos negativos derivados de las cadenas de suministro globales en los derechos fundamentales se han visto notablemente agravados a consecuencia de la pandemia mundial.

En función de lo cual, y según los datos proporcionados por la OIT, se torna imperante la necesidad de regulación general y no sectorial, así como obligacional y no voluntaria de la diligencia debida empresarial. Tal es así que según las estadísticas de la OIT publicadas en el año 2020, únicamente el 37% de las empresas encuestadas lleva a cabo acciones de diligencia debida y sólo el 16% cubre toda la cadena de suministro. Dichos datos pueden justificarse por la voluntariedad de tales medidas en las empresas, lo cual conlleva una eficacia muy limitada de las normas internacionales de diligencia debida empresarial. Asimismo, el marco obligacional ha de ser lo más amplio posible, no viéndose condicionado ni limitado por el tamaño de la empresa ni por la actividad desarrollada por esta, debiendo abarcar toda la cadena de valor.

Ello no es óbice, para que se puedan desarrollar procedimientos menos lesivos y costosos para las pymes y microempresas. Ya que estas no poseen el mismo poder de influencia, ni su acción puede conllevar efectos negativos de la misma magnitud que las grandes empresas. En consecuencia, siguiendo con la premisa contemplada en el Reglamento 995/2010, la directiva 2014/95/UE y el Reglamento 2017/881, las pymes y microempresas quedarías exceptuadas del contenido obligacional de la inminente nueves Directiva.

Por lo cual, el Parlamento Europeo sostiene la premisa de la necesidad urgente de adopción por parte de la UE, de «requisitos mínimos para que las empresas identifiquen, prevengan, cesen, mitiguen, controlen, divulguen, con-

15 Parlamento Europeo, "Proyecto informe con recomendaciones a la Comisión sobre debida diligencia y la responsabilidad de las empresas", 2020, Considerando B.

tribuyan, aborden y remedien los riesgos para los derechos humanos, el medio ambiente y la gobernanza en toda la cadena de valor[16]». Lo cual traería consigo beneficios para las empresas en relación con la armonización, seguridad jurídica e igualdad de condiciones.

El deber de diligencia debida, en todo caso, ha de cumplir funciones preventivas. De manera que las normativa desarrollada y, posteriormente, vinculante, debe ir enfocada, principalmente a la prevención de efectos negativos en los derechos humanos laborales. Sin embargo, ello no es óbice para que dicha normativa deba contemplar la posibilidad de efectos sancionares para las empresas incumplidoras, así como, acciones de reparación por los perjudicados. Cuestiones que deberán ser desarrolladas por la normativa interna de cada Estado miembro.

Para la consecución de un texto normativo eficaz es condición necesaria la consulta efectiva y participación de las partes interesadas, así como la reparación de las víctimas de la inobservancia o consecuencias negativas dimanadas de las acciones empresariales y de su cadena de valor. En relación con dicha reparación, ha de realizarse en consonancia con las consideraciones contenidas en el eje «Proteger, Respetar y Remediar» de la ONU, sobre el derecho de las víctimas a un recurso, así como la extensión de los la jurisdicción de los tribunales de la UE a las demandas civiles presentadas contra empresas de la UE por los daños causados en su cadena de valor como consecuencia de las vulneraciones de los derechos humanos y la introducción de un *foum necessitatis* en la legislación de la UE, con la finalidad de asegurar el acceso a un tribunal a las víctimas de estas vulneraciones y/o daños. Ya que, en general, estas víctimas no se ven suficientemente amparadas por su legislación nacional, y, en consecuencia, estas deberían poder elegir aquella legislación aplicable que posea altos estándares de derechos humanos para invocar sus derechos, como, por ejemplo, la legislación nacional del domicilio de la empresa.

Salvedad de la premisa anterior –escasa protección dimanante de la legislación nacional-, la encontramos en Países Bajos y Francia que cuentan dentro de su ordenamiento jurídico con la Ley de Diligencia Debida en materia de trabajo infantil y la Lay sobre el deber de vigilancia de las empresas matrices y ordenantes, respectivamente. No obstante, otros países de la UE están siguiendo las recomendaciones de la UE en diligencia debida, acordando, en consecuencia, diversos anteproyectos y proyectos de ley en la materia.

16 Parlamento Europeo, "Proyecto informe con recomendaciones a la Comisión sobre debida diligencia y la responsabilidad de las empresas", 2020, Considerando 1.

En consecuencia, la escasa legislación nacional y la existente y futura legislación comunitaria han de estar coordinadas para dar una respuesta eficaz a estas controversias y efectos negativos de la acción de cadena de valor. Dicha futura legislación comunitaria mediante directiva, en ningún caso debe limitar o impedir el desarrollo de una posible legislación nacional que regule de una forma más exhaustiva y controle en mayor medida los efectos adversos de las empresas y sus cadenas de valor en los derechos humanos.

La perspectiva de género, como no puede ser de otro modo, los legisladores europeos y nacionales han visto la imperiosa necesidad de incluirla en los conjuntos normativos, y en mayor medida en aquellos que gozan de eficacia obligacional. Por lo cual, es previsible que el legislador europeo siga esta perspectiva en la elaboración de la futura directiva de diligencia debida.

Por otro lado, las obligaciones dimanantes del deber de debida diligencia empresarial gozan de un carácter eminentemente preventivo, sin perjuicio del cariz sancionatorio de su incumplimiento, por lo cual estas deben de gozar de un carácter dinámico y no estático. Debido a que las circunstancias y características de las empresas están en continuo cambio, contratan con otros proveedores, cambian los miembros de su cadena de valor, modifican su tamaño, o, incluso, su actividad principal, expanden su radio de actividad, tanto con los proveedores como con su red clientelar, entre otras.

Las empresas deberán, en un primer momento, evaluar los posibles riesgos tanto potenciales como reales, para, seguidamente, establecer los mecanismos de protección y control adecuados para el cumplimiento del deber de diligencia debida empresarial, bajo la consulta de las partes interesadas –cualquier persona que pueda verse afectada por las decisiones y/o medidas adoptadas por la empresa, siendo estas; trabajadores, comunidades locales, pueblos indígenas, asociaciones de ciudadanos y accionistas, sindicatos, entre otros-. En los supuestos en los que una empresa identifique los riesgos debe especificar los mismos, indicar las políticas y medidas a adoptar para prevenir y mitigar los posibles efectos adversos dimanados de la cadena de valor, establecer políticas de priorización de los mismos, en su caso, e, indicar la metodología seguida para la definición de tal estrategia.

Posteriormente, la empresa deberá evaluar y revisar las medidas adoptadas de forma periódica –como mínimo anualmente-, debiéndose realizar en consonancia con las partes interesadas y los sindicatos.

No obstante, no se le podría exigir responsabilidad a una empresa que hubiera puesto todos medios para evitar el daño y que este, aun así, se haya producido. Tampoco se podrá exigir dicha responsabilidad empresarial si la mercantil pudiera demostrar que aunque hubiera puesto todos los medios a su alcance, el daño habría sido inevitable.

Se deberán integrar en toda empresa obligada por la futura directiva, en sus órganos de administración, dirección y supervisión de la empresa, que sean responsables de la adopción y aplicación de la diligencia debida, a un Comité consultivo formado en la materia.

Se dejará en manos de los Estados miembros el desarrollo del régimen sancionador y concreción de los plazos de prescripción de las sanciones y/o indemnizaciones; la creación y/o delegación en una autoridad nacional que realice el seguimiento y control del cumplimiento del deber de diligencia debida empresarial; la elaboración de planes de acción de diligencia debida a nivel sectorial; deberán garantizar que las partes interesadas, en concreto a los sindicatos, puedan solicitar a la empresa su consulta en relación a la estrategia a adoptar en materia de diligencia debida por parte de la empresa, en todo caso bajo la buena fe; crear y delimitar los recursos extrajudiciales y su procedimiento; creación de un portal específico para las pymes y microempresas con la finalidad de dar a dichas empresas orientación y apoyo para el cumplimiento del deber de diligencia debida, entre otras.

Asimismo, la UE a través de la Comisión, deberá crear un Comité de Autoridades Europeo, que tendrá como principales funciones la coordinación entre las diferentes de autoridades nacionales, la cooperación e intercambio de información entre las mismas y la posible adopción o modificación de medidas encaminadas a la efectividad de la futura directiva. Además, la Comisión deberá elaborar unas directrices de actuación, de carácter no vinculante, por sector, y, una lista actualizada de fichas descriptivas de los países, con la finalidad de ser un documento de ayuda para las empresas de evaluar los riesgos de sus operaciones comerciales en una determinada zona. Ambos documentos deberán integrar lo contenido en los Convenios y Tratados Internacionales ratificados y, por ende, vinculantes.

Podemos observar que todavía nos queda un arduo camino por recorrer en aras de la protección de los derechos humanos laborales en determinados terceros Estados menos industrializados que los Estados miembros. Los cuales, a su vez,

sufren las consecuencias negativas de la globalización, ya que en tales terceros Estados existe una escasa, y en ocasiones inexistente, regulación en materia de protección de derechos humanos. No obstante, con la futura directiva europea, estas desigualdades y efectos negativos se comenzarán a desvanecer, siempre y cuando tengamos en mente la efectividad real de la norma.

EL LENTO Y COMPLEJO CAMINO HACIA LA RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS LABORALES A TRAVÉS DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL

ROSA MARÍA MORATO GARCÍA

Doctora en Derecho por la Universidad de Salamanca, Premio Extraordinario de Doctorado y primer Premio Nacional del Consejo Económico y Social para Tesis doctorales. En la actualidad, Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad de Salamanca. Investigadora del Instituto Multidisciplinar de Empresa (IME), miembro del Observatorio de la Negociación Colectiva de CCOO y miembro de un Grupo de Investigación Reconocido (GIR) Usal.

ABSTRACT: This paper aims to explore the role that international arbitration can play in the resolution of labour disputes between employers and workers in contest of global supply chains. Classical legal techniques to resolve international social disputes have proven to be totally insufficient. The implementation of different extra-judicial mechanisms for resolving disputes is therefore of particular relevance. The position of multinational companies and international trade union federations on this issue, as well as labour relations products based on the principle of collective autonomy, should be taken as a starting point.

KEYWORDS: multinational enterprises, transnational disputes, labour arbitration.

1. INTRODUCCIÓN

La consolidación de las cadenas globales de suministro es resultado de la fuerte expansión de las operaciones de negocios en los mercados internacionales. La desatención de los derechos reconocidos en los tratados y las peores condiciones laborales radican con frecuencia en las empresas colaboradoras o subcontratistas que forman parte de dichas redes globales. Y a medida que las multinacionales han ido controlando los medios de producción y distribución de bienes o servicios en países distintos a aquél en el que se halla su sede, los tradicionales instrumentos de protección jurídica han perdido progresivamente capacidad de regulación. El poder financiero de estas entidades ha hecho sombra a la capacidad de cada Estado para imponer la aplicación de la legislación social en su territorio. Las inversiones y su más que evidente repercusión en el empleo han sido en muchas ocasiones razón suficiente para aligerar los controles en torno al respeto de la normativa laboral.

Ahora bien, aunque quede todavía un gran recorrido hasta conseguir remover los obstáculos al reconocimiento de la responsabilidad extraterritorial de las empresas matrices por los abusos que pudieran cometer las entidades con las que mantienen relaciones estrechas dentro de su cadena de suministro, también es cierto que el impacto sobre los derechos humanos y sociales no siempre ha sido adverso. En verdad, la empresa transnacional también constituye un vector de transformación y evolución en los sistemas jurídicos en los que enraíza su actividad, con frecuencia afectados por la ausencia de ratificación de importantes Convenios de la OIT y con niveles salariales bajos.

Pues bien, de lo que se trata en este momento es de analizar las posibilidades de resolución no judicializada de las controversias laborales en este contexto. No se pretende abordar las reglas de derecho internacional privado que determinan la jurisdicción y legislación aplicable, que además no siempre proporcionan una respuesta apropiada a los matices e intereses que se dilucidan en los litigios trasnacionales de trabajo. Para ser precisos, a lo largo de las siguientes páginas se valorará en qué medida el proceso de arbitraje internacional puede ofrecer una solución apropiada a las peculiaridades de los conflictos laborales, teniendo presente la vulnerabilidad de la parte trabajadora de la controversia y la tradicional ausencia de instrumentos legales vinculantes que exijan el respeto de los derechos laborales a las grandes multinacionales.

2. ESTÁNDARES INTERNACIONALES SOBRE SOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS LABORALES

Hay un porcentaje significativo de trabajadores en todo el mundo que se enfrenta a numerosos impedimentos estructurales y procesales para acceder a los tribunales de justicia. Problema que es más acuciante si cabe en el ámbito laboral, al que con frecuencia no se le otorga un carácter prioritario, sobre todo en casos transfronterizos que afectan a los empleados en las cadenas de suministro globales[1]. Tales dificultades no han hecho sino acrecentarse con ocasión de la terrible pandemia que nos asola. Muchos de estos trabajadores no han contado "con vías legales efectivas en contra de las marcas globales en tribunales locales ni extranjeros, a pesar del impacto directo y devastador de sus decisiones"[2]. Y esta circunstancia ha favoreciendo que, amparadas por un mar reticular de entidades subcontratadas, interpuestas y externalizadas, las grandes corporaciones multinacionales estén evadiendo sus responsabilidades respecto de los trabajadores que precisamente contribuyen al crecimiento de sus ganancias[3].

---

1 *Vid*. el Informe anual del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos "Mejorar la rendición de cuentas y el acceso a las reparaciones para las víctimas de violaciones de los derechos humanos relacionadas con actividades empresariales", mayo de 2016, pp. 11-12 (disponible en https://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?si=A/HRC/32/19).

2 J. VOGT, "Access to Labour Justice", *Red ILaw, The Global Labour Rights Reporter*, vol. 1, núm. 1, 2021, p. 5.

3 Sobre el caso particular de las cadenas mundiales de suministro de prendas de vestir, *vid*. J. VOGT, M. SAAGE-MAAß , B. VANPEPERSTRAETE y B HENSLER, "Farce Majeure: How global apparel brands are using the COVID-19 pandemic to stiff suppliers and abandon workers", Policy paper ECCHR, ILAW y WRC, 2020, disponible en https://www.ecchr.eu/en/publication/die-ausrede-der-hoeheren-gewalt/.

En este escenario los mecanismos no judiciales de solución de conflictos desempeñan un papel de especial importancia. Sin embargo, una cuestión que en este punto resulta especialmente determinante es la tradicional resistencia a que las normas heterónomas, como los convenios o tratados internacionales, hagan mención expresa al fomento de la solución pacífica de las disputas laborales de ámbito transnacional. Como es sabido, carecemos de un modelo de solución de conflictos a escala global. Y el cuerpo normativo internacional se limita más bien a tratar de extender el ámbito de aplicación de los métodos solutorios reconocidos a nivel nacional y a recoger unos principios básicos en este ámbito, cuales son la voluntariedad y el diálogo social. Con todo, encontramos algunas referencias valiosas, aunque no siempre de carácter coercitivo. Sirva no obstante anticipar que, aun cuando el valor de las previsiones internacionales pueda resultar en muchas ocasiones más pedagógico que impositivo, no conviene desdeñar su importancia, pues no es extraño que muchos Estados acojan las pautas internacionales contenidas en tales instrumentos y, en este caso concreto, sirvan de inspiración a la hora de regular los procedimientos de solución de conflictos.

Particular es el caso de los Convenios de la OIT que se refieren tangencialmente al tema que nos ocupa. Este es el caso del Convenio núm. 154 (1981) donde se amparan los mecanismos e instituciones de conciliación o arbitraje mediante los que se articule la negociación colectiva y en los que participen voluntariamente las partes (art. 6). Y en el concreto ámbito del empleo público, el Convenio núm. 151 (1978) contempla la conciliación, mediación y el arbitraje como procedimientos válidos para la solución de conflictos que tengan origen en la determinación de las condiciones laborales (art. 8).

Pero en consonancia con el contexto actual que envuelve las relaciones profesionales globales, la referencia en este punto la encontramos en otro tipo de instrumentos internacionales que actúan como directrices no vinculantes. Conviene por ello reparar en la Recomendación OIT núm. 130 sobre el examen de reclamaciones, de 1967, pues ya preveía que "cuando todos los esfuerzos para resolver la reclamación dentro de la empresa hayan fracasado, debería existir la posibilidad, habida cuenta de la naturaleza de dicha reclamación, de resolverla definitivamente", ya sea por medio del procedimiento judicial apropiado, o bien acudiendo a los mecanismos de conciliación o arbitraje. Por su parte, la Recomendación núm. 163 sobre negociación colectiva (1981), apuesta por estos procedimientos como una vía idónea para ayudar "a las partes a encontrar por sí mismas una solución al conflicto que las oponga".

Más recientemente, reviste importancia para nuestro estudio la Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social de la OIT (2017), adoptada en este caso por el Consejo de Administración, donde se estipula que todos los trabajadores han de poder presentar reclamaciones individuales o colectivas sin sufrir ningún tipo de represalia por dicha acción, especialmente cuando las multinacionales operan en países que no aplican los contenidos de los convenios OIT referidos a la libertad sindical, la negociación colectiva o el trabajo infantil y forzoso. De acuerdo con la Declaración tripartita, los gobiernos tienen que adoptar las medidas que sean precisas para que las reclamaciones sean examinadas conforme a unos procedimientos judiciales adecuados, en los niveles que en cada caso sean apropiados, sin perjuicio de que también se dispongan otras vías eficaces encaminadas a salvaguardar los derechos que se hubieran visto atacados. Precisamente, entre estas vías se alude a los mecanismos de conciliación y arbitraje voluntarios, destinados a la prevención y resolución de los conflictos laborales, de acuerdo con un procedimiento que ha de ser gratuito y expeditivo[4]. En este sentido se añade que "las empresas multinacionales, así como las nacionales, en conjunción con los representantes y las organizaciones de los trabajadores en ellas empleados, deberían esforzarse por establecer mecanismos de conciliación voluntaria, apropiados a las condiciones nacionales, que podrían incluir disposiciones de arbitraje voluntario". Se trata así de guiar a los gobiernos, agentes sociales y las propias multinacionales en la adopción de las medidas oportunas en este ámbito.

Conviene poner de manifiesto que otros organismos internacionales también han dirigido su atención hacia la materia que nos ocupa. Este es el caso de las Naciones Unidas en los llamados Principios Rectores o Principios Ruggie (2011), donde se exhorta a los Estados a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar la eficacia de los mecanismos judiciales a los que puedan acceder los trabajadores frente a las vulneraciones de los derechos humanos relacionados con las empresas. Como puede preverse, el cumplimiento de esta medida exige la adopción de las correspondientes reformas legislativas en muchos países. Pero dichos mecanismos de reclamación judiciales se han de acompañar de otros de carácter extrajudicial, con la exigencia de que sean igualmente eficaces

4 Así también constaba en la Recomendación núm. 92 de la OIT sobre la Conciliación y el Arbitraje voluntarios (1951), donde además se aludía a la voluntariedad como un requisito necesario en los mecanismos de solución del conflicto laboral, junto a la composición paritaria de los organismos correspondientes.

y apropiados, "como parte de un sistema estatal integral de reparación" ante la violación de los derechos humanos en el específico contexto laboral[5].

Este asunto también es abordado en los trabajos para la elaboración futura de un tratado internacional vinculante en materia de derechos y empresas (OEIGWG)[6]. El borrador de este tratado (publicada ya una segunda versión en julio de 2019) elaborado por un grupo de trabajo intergubernamental a iniciativa del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, pretende erradicar las vulneraciones de los derechos humanos y para ello se pone especial énfasis en el acceso a la justicia por parte de las víctimas de los abusos en este ámbito, pero también en el establecimiento de mecanismos internacionales no jurisdiccionales "para fines de supervisión y ejecución"[7].

En el contexto de la Unión Europea, la Resolución del Parlamento, de 10 de marzo de 2021, como parte de las recomendaciones destinadas a la Comisión sobre diligencia debida de las empresas y responsabilidad corporativa (que forman parte de los trabajos previos para la aprobación de la futura Directiva), precisa que en los supuestos de posibles vulneraciones de derechos humanos relacionados con la actividad empresarial no se deberá exigir el recurso previo a vías extrajudiciales con anterioridad al planteamiento de un procedimiento judicial (art. 10). Lo cierto es que las normas voluntarias en materia de diligencia

5 Precisamente, la Recomendación a los Estados miembros sobre los Derechos Humanos y las empresas del Consejo de Europa (2016) se remite a los criterios de eficacia enumerados en el Principio 31 de estos Principios Rectores, señalando que los Estados miembros "deberían facilitar procedimientos estatales de reclamaciones no judiciales" que se ajusten a los mismos. A su vez, se hace especial hincapié en la conveniencia de facilitar "suficientes recursos y considerar el desarrollo de una orientación y formación específica" para árbitros y mediadores con el objeto de abordar adecuadamente los abusos contra los derechos humanos que protagonicen las empresas comerciales, "en particular con aquellas que tengan un componente transnacional". Se remite también al citado Principio 31 la Resolución del Parlamento Europeo, de 10 de marzo de 2021, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre diligencia debida de las empresas y responsabilidad corporativa (2020/2129(INL).

6 Https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/OEIGWG_RevisedDraft_LBI.pdf

7 A favor de la inclusión de estos mecanismos en el contenido necesario de dicho tratado se ha manifestado el Parlamento Europeo en su Resolución de 4 de octubre de 2018, sobre la contribución de la Unión a un instrumento vinculante de las Naciones Unidas sobre las empresas transnacionales y otras empresas con características transnacionales con respecto a los derechos humanos (2020/C 011/09); así como el Comité Económico y Social (CESE) en el Dictamen sobre el "Tratado vinculante de las Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos" (Dictamen de iniciativa) (2020/C 97/02) y en el Dictamen sobre "Diligencia debida obligatoria" (Dictamen exploratorio) (2020/C 429/19).

debida no han cosechado los resultados esperados, de ahí que se esté optando por implementar requisitos vinculantes que corrijan los impactos adversos sobre los derechos humanos, medio ambiente o buena gobernanza en las cadenas de valor. En realidad no se aborda aquí el arbitraje como mecanismo resolutorio, aunque entre las prácticas de conducta responsable se promueve la mediación a escala empresarial o sectorial más bien como mecanismo preventivo y de alerta temprana del advenimiento de un litigio, tratando de evitar la confrontación de las partes. Ahora bien, si la disputa no puede venir resuelta de este modo, se instará la intervención judicial a sabiendas de que las decisiones adoptadas en el marco de una mediación "serán debidamente consideradas por los órganos jurisdiccionales, pero no serán vinculantes para ellos".

3. IMPULSO INTERNACIONAL DE LA ARBITRABILIDAD EN LOS CONFLICTOS DE TRABAJO: ESTADO DE LA CUESTIÓN E INICIATIVAS RECIENTES

Tradicionalmente el arbitraje internacional ha sido objeto de una entusiasta defensa por parte de la doctrina, pero también de encendidas discusiones entre los juristas, si bien se ha convertido en la actualidad en un mecanismo de resolución extrajudicial de gran relieve social. Es indudable su utilidad práctica en el ámbito de las relaciones internacionales, pues permite salvar la disparidad existente entre las distintas legislaciones nacionales y jurisdicciones. Pero tampoco se pretende soslayar que, en el ámbito mercantil, donde se han desarrollado principalmente los compromisos arbitrales, las empresas han acudido al arbitraje como medio para esquivar la legislación correspondiente e imponer la aplicación de normas más favorables a sus particulares intereses[8]. De forma similar, el arbitraje laboral ha servido también en alguna ocasión para que las multinacionales hayan impuesto sus condiciones sobre las empresas productoras situadas en los países de menor poder económico y escasa capacidad negociadora, impidiendo así la interposición de reclamaciones ante los tribunales de justicia[9].

Y es que no son precisamente novedosos los recelos hacia el empleo del arbitraje para resolver las disputas en el marco de la cadena de suministro. La

8 De tales consecuencias del arbitraje internacional, en el ámbito mercantil, advertía tempranamente F. DE CASTRO Y BRAVO, "El arbitraje y la nueva 'Lex Mercatoria'", *Anuario de Derecho Civil*, 1979, fascículo 4, pp. 723-725.

9 *Vid*. J. BLASI y J. BLAIR, *An analysis of multiparty bargaining models for global supply chains, International Labour Office, Geneva, 2019,* p. 35 (https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_655541.pdf).

desconfianza hacia la imparcialidad de los árbitros, así como una rígida confidencialidad que protege a la empresa infractora y obstaculiza una efectiva protección de los derechos laborales, son algunas de las razones que explican dicho escepticismo y, con frecuencia, el rechazo a firmar un compromiso de arbitraje internacional[10]. A mayor abundamiento, en el contexto laboral no se han creado organismos arbitrales internacionales, estables y especializados en resolver los conflictos de trabajo de manera semejante a los que sí existen en el ámbito mercantil. Y aunque es cierto que en algunos casos las instituciones transnacionales de arbitraje presentes hoy en día se dotan de la capacidad para intervenir también en materia laboral (como en el caso de la Corte Internacional de Arbitraje de Londres), los propios trabajadores y las empresas acostumbran a descartar dicha posibilidad. Así pues, "la ausencia de tradición institucional, de órganos y organismos consolidados que hagan previsibles tanto las fases del procedimiento como los efectos del laudo y los posibles recursos contra él" juegan en contra de la solución heterónoma de las disputas laborales de tipo extrajudicial[11].

Pese a ello, aun con las salvaguardas necesarias, el arbitraje internacional es una opción apropiada para favorecer la solución de las controversias laborales entre quienes proceden de países diferentes e, incluso, de tradiciones jurídicas opuestas. Ante la ausencia de una normativa internacional imperativa sobre esta materia, la autonomía colectiva está tomando la iniciativa en este ámbito y cada vez con más frecuencia se dispone este mecanismo como recurso para el cumplimiento de los acuerdos suscritos entre los sindicatos globales y las multinacionales. Veámoslo a continuación.

3.1. La exitosa pero limitada experiencia de arbitraje a resultas del Acuerdo de Bangladesh

En la versión inicial del Acuerdo sobre seguridad de edificios y contra incendios en Bangladesh, suscrito poco después del derrumbamiento del edificio Rana Plaza en 2013 (firmado por más de 200 grandes empresas de la moda, sindicatos de Bangladesh, las Federaciones Sindicales Internacionales IndustriALL y UNI Global Union y cuatro organizaciones no gubernamentales),

10 D. SNYDER, S. MASLOW y S. DADUSH, "Balancing Buyer and Supplier Responsibilities: Model Contract Clauses to Protect Workers in International Supply Chains", *77 Business Lawyer (ABA)*, Winter 2021-2022, p. 15, disponible en https://ssrn.com/abstract=3829782.

11 A. OJEDA AVILÉS, *Derecho transnacional del trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 353.

ya se acogía un procedimiento de varias etapas para resolver los conflictos que pudieran surgir en relación a su cumplimiento. Este procedimiento finalizaba con un proceso de arbitraje, "definitivo y vinculante" (art. 5)[12] regido por la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985 (con las enmiendas adoptadas en 2006), siendo el laudo ejecutable en los tribunales del Estado de origen de la marca.

Por su parte, el Acuerdo de Transición de 2018[13], que entró en vigor el 1 de junio de ese año, extendió la protección del Acuerdo de Bangladesh hasta el 31 de mayo de 2021 (prorrogado en la actualidad por tres meses) e introdujo una relevante variación en dicho procedimiento de resolución de disputas al incorporar la mediación como mecanismo alternativo al arbitraje, para hacer innecesario este último[14]. No obstante, a petición de cualquiera de las partes, cabe también acudir a un proceso de arbitraje. La determinación de los costes y la selección del árbitro se realizarán conforme a las reglas previstas en los Reglamentos sobre Arbitraje Comercial Internacional de la CNUDMI (en su última revisión)[15].

Precisamente, en el marco del procedimiento descrito, la Corte Permanente de Arbitraje (PCA) se ocupó en 2018 del caso de dos marcas de moda (cuya identidad no ha transcendido al haberse dispuesto la confidencialidad en este aspecto) acusadas por los sindicatos mundiales IndustriALL y UNI de romper el Acuerdo suscrito al no haber impuesto a sus proveedores locales la mejora de las instalaciones en los plazos establecidos, ni haberlos respaldado económicamente para que pudieran cumplir con las medidas de seguridad oportunas.

12 El Acuerdo de 13 de mayo de 2013 preveía que la controversia que surgiese en el seno del Acuerdo debía presentarse en primer lugar ante el Comité de Vigilancia, el cual decidiría por mayoría de votos en el plazo máximo de 21 días. A petición de cualquiera de las partes, la decisión del Comité podría ser sometida a un proceso de arbitraje, siendo el laudo arbitral ejecutable en un tribunal de justicia del domicilio del signatario contra el que se solicite la ejecución, estando sujeto a la Convención sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras (La Convención de Nueva York) cuando sea aplicable (*vid*. el texto en https://bangladesh.wpengine.com/wp-content/uploads/2018/08/2013-Accord.pdf).

13 https://bangladesh.wpengine.com/wp-content/uploads/2020/11/2018-Accord.pdf.

14 Las partes han acordado la prórroga de los compromisos del Acuerdo de Transición de 2018 mientras continúan las negociaciones. Procede saludar esta nueva oportunidad para el acuerdo, aunque no conviene desconocer que en la actualidad las marcas de moda parecen ser reacias a volver a firmar un nuevo acuerdo internacional jurídicamente vinculante y a extender sus efectos a otros territorios, como Pakistan, tal y como se valoró en su momento.

15 Https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration.

Las solicitudes de arbitraje se presentaron en julio y octubre de 2016 y como no hubo acuerdo para la designación de un único árbitro, finalmente fueron tres las personas encargadas de dirimir el conflicto, una de ellas elegida por los sindicatos mundiales, otra por las marcas y un árbitro-presidente designado por esta organización intergubernamental creada por la Convención de La Haya de 1899 para encontrar solución pacífica a las controversias internacionales. Con anterioridad a la fecha prevista para la audiencia, el procedimiento concluyó con el acuerdo de conciliación entre las partes (uno en diciembre de 2017 y el otro en enero de 2018) por el que las dos multinacionales de prendas de vestir implicadas asumieron el pago de más de 2,3 millones de dólares destinados a contribuir a eliminar las condiciones peligrosas en las fábricas textiles de Bangladesh (el contenido del acuerdo también está sujeto a las disposiciones de confidencialidad), suspendiendo así el arbitraje y todos los plazos del calendario procesal que se habían establecido[16].

Conviene destacar que el éxito de la experiencia descrita no puede soslayar las evidentes "limitaciones del uso de los mecanismos existentes de arbitraje internacional, que no están diseñados ni son adecuados para resolver conflictos laborales"[17]. Aunque la Corte Permanente de Arbitraje presta apoyo administrativo en arbitrajes internacionales entre partes privadas, está principalmente destinada a dirimir las disputas entre Estados e inversores en relación a la aplicación de los tratados. Y similares consideraciones deben realizarse sobre las Reglas de la CNUDMI, las cuales se articulan específicamente con el propósito de resolver los litigios que surgen en el contexto de las relaciones comerciales internacionales[18]. Abarcan cuestiones relativas al nombramiento y sustitución de los árbitros, la forma, efectos e interpretación del laudo, o las medidas cautelares, incorporando una cláusula modelo de arbitraje. Lo cierto es que, ante el vacío existente en este ámbito, constituye un instrumento a tener en cuenta. Pero

16 Puede consultarse el comunicado de prensa de la Corte Permanente de Arbitraje de la Haya en la siguiente dirección: https://pcacases.com/web/sendAttach/2435. Para mayor información, https://pca-cpa.org/en/cases/152/.

17 En palabras de J. HOLDCROFT, "Artículo de fondo: Acuerdos globales vinculantes ofrecen justicia en cadenas de suministro", 2019, disponible en http://www.industriall-union.org/es/acuerdos-globales-vinculantes-ofrecen-justicia-en-cadenas-de-suministro

18 Ya la versión inicial de 1976 apuntaba la razón que explica la puesta en marcha de las mismas, y es que se indica expresamente que "el establecimiento de normas de arbitraje especial que sean aceptables para países con distintos sistemas jurídicos, sociales y económicos contribuiría señaladamente al desarrollo de relaciones económicas internacionales armoniosas". Texto disponible en https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/arb-rules-s.pdf.

debe subrayarse, en primer lugar, que pese a contener un mecanismo de revisión de los costes del arbitraje a fin de que estos resulten razonables, en el ámbito laboral el importe para sufragar los gastos administrativos, los honorarios de los árbitros y la representación legal de los sindicatos, resulta a todas luces excesiva. Y en segundo término, hay que reparar en que para que este medio solutorio dé resultados satisfactorios y efectivos, ha de desarrollarse bajo ciertos parámetros que no desconozcan, tal y como se ha afirmado, "el posible desequilibrio de poder entre las partes, el interés general en la resolución de esas controversias y la necesidad de árbitros expertos" en derechos humanos laborales[19].

A la luz de lo expuesto, como hecho concluyente conviene anotar que la puesta en marcha de la iniciativa impulsada tras la tragedia del edificio Rana Plaza ha contribuido a reforzar el valor del arbitraje como método para resolver las controversias que puedan surgir en el contexto del derecho laboral. En verdad estamos únicamente ante un comienzo para un largo camino en este ámbito, pero este caso puntual (de contenido y ámbito geográfico reducido) suscita un justificado interés, pues no deja de constituir un notable ejemplo de la tímida tendencia favorable a afrontar mediante el arbitraje internacional la resolución de conflictos laborales de alcance transnacional.

3.2. Los Acuerdos Marco Globales como instrumento catalizador de la solución de conflictos a través del arbitraje.

En el contexto internacional tradicionalmente se ha rehuido la articulación de normas reguladoras de la solución pacífica de los conflictos, entre otras razones, por "el miedo a restringir la libertad de acción de las organizaciones de empleadores y trabajadores y la forma en la que estos interactúan"[20]. En cambio, la negociación colectiva desarrollada a escala transnacional, protagonizada por las empresas multinacionales y la representación de los trabajadores, está allanando el terreno en este campo. En concreto, los Acuerdos Marco Internacionales (AMI) o, en su denominación actual, Acuerdos Marco Globales (AMG), han

19 Así se manifiesta el Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas con ocasión del "Décimo aniversario de los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos: balance del primer decenio", publicado en junio de 2021, p. 22, disponible en https://undocs.org/es/A/HRC/47/39.

20 J.M. SERVAIS, "Derecho internacional del trabajo y resolución de conflictos laborales transnacionales", *Temas Laborales*, núm. 144, 2018, p. 22.

comenzado a incluir cláusulas sobre los mecanismos de resolución de conflictos que surgen en las relaciones industriales transfronterizas.

Estos "productos reguladores de las relaciones laborales basados en el principio de la autonomía colectiva"[21], pese a estar desprovistos del alcance y la eficacia de las normas laborales clásicas[22], han desplegado importantes dinámicas positivas en el sentido de promover y mejorar el cumplimiento de los estándares laborales básicos, no sólo en el ámbito de las empresas transnacionales implicadas en su adopción, sino también en la periferia de las cadenas de valor[23]. Y si una empresa se resiste a corregir infracciones de los compromisos alcanzados o a cambiar ciertas prácticas lesivas de las condiciones de trabajo decente, el Acuerdo puede regular los procedimientos para la presentación formal de reclamaciones, ciertas formas de mediación o, de ser necesario, el recurso al arbitraje para llegar a decisiones vinculantes[24].

Es en el espacio europeo donde se han desarrollado en mayor medida este tipo de experiencias negociadoras[25], de modo que la presente investigación ha dirigido su atención hacia las mismas. Junto a las empresas multinacionales, las federaciones sindicales internacionales suelen ser la contraparte negociadora. Aunque, como se verá a continuación, en ocasiones las riendas de la negociación son tomadas por uno o varios sindicatos nacionales del Estado donde se sitúa la

21 A. BAYLOS GRAU, "Globalización y Derecho del Trabajo: Realidad y Proyecto", *Cuadernos de Relaciones Laborales,* núm. 15, 1999, p. 44.

22 J.E. LOPEZ AHUMADA, "Trabajo Decente y Globalización en Latinoamérica: una alternativa a la desigualdad laboral y social", Documentos de Trabajo IELAT (Instituto Universitario de Investigación en Estudios Latinoamericanos), Universidad de Alcalá, núm. 98, 2017, p. 27 (http://ielat.com/wp-content/uploads/2018/02/DT-98_EduardoLopezAhumada_Web.pdf).

23 Precisamente a estos se refiere el Consejo de la UE como "instrumentos valiosos" al tiempo que se invita a la Comisión "a que siga apoyando las medidas destinadas a mejorar el compromiso del sector privado con el desarrollo y la conducta empresarial responsable" (Conclusiones del Consejo sobre la UE y las cadenas de valor mundiales responsables, de 12 de mayo de 2016).

24 En este sentido, uno de los pioneros fue el Acuerdo suscrito entre la empresa sueca Skanska y la Federación Internacional de Trabajadores de la Construcción y la Madera (FITCM) en febrero de 2001, donde se indicaba que las discrepancias en torno a la interpretación y aplicación del propio acuerdo serán resueltas por una "junta de arbitraje compuesta por dos miembros y un presidente independiente". Las partes tienen la potestad de designar a un miembro cada uno y el presidente será nombrado de común acuerdo, siendo la decisión de la junta de arbitraje vinculante para ambas signatarias (disponible en https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=978&langId=en&agreementId=154).

25 M. CORREA CARRASCO, "La negociación colectiva transnacional como instrumento de gobernanza mundial del trabajo del futuro", *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, núms. 437-438, 2019, p. 82.

matriz, pese a que los términos de tales acuerdos también se extiendan a toda la cadena. Lo cierto es que las menciones relativas a la materia que nos atañe son más bien escuetas, sin que se aborden los procedimientos concretos que articulen tales vías resolutorias. Con todo, tampoco cabe negar una evolución favorable que está propiciando el tratamiento expreso de tales aspectos.

Siguiendo en este punto el modelo de las grandes empresas de los países anglosajones[26], los AMG suelen articular un procedimiento de quejas en varios estadios, de menor a mayor enjundia, que movilizan en primer lugar a varias instancias internas a fin de que las partes puedan allanar sus diferencias y llegar a una transacción amistosa. Es decir, como se ha podido observar en gran número de los instrumentos analizados, la negociación directa a nivel de empresa es el método alternativo elegido mayoritariamente para sortear una confrontación judicial entre las partes. Seguidamente se contempla la implicación de alguna instancia externa dirimente cuando los pasos previos no han dado el resultado pacificador esperado. Y, en todo caso, conviene precisar que los diferentes medios de resolución de conflictos dispuestos no son incompatibles entre sí. Más al contrario, se plantean como procedimientos sucesivos y complementarios[27].

La transparencia en su configuración, la habilitación de ciertas vías de supervisión por parte de los trabajadores, junto con la combinación con otros recursos solutorios no judiciales, permitirán obtener mejores resultados. Y es que, sin desmerecer los buenos propósitos que presiden la disposición de los mecanismos de negociación directa a nivel de empresa, no puede dejar de ponerse de manifiesto que hasta el momento su utilidad se ha mostrado limitada[28]. Además,

26 Sobre precedentes del arbitraje vinculante en los acuerdos de la cadena de suministro con empresas multinacionales de Estados Unidos, *vid*. BLASI y J. BLAIR, *An analysis* …, cit., p. 34.

27 Este es el caso de los AMG suscritos en los sectores de la construcción, infraestructuras, transporte y servicios, entre las federaciones sindicales y las empresas españolas Acciona, Dragados, FCC y OHL, Ferrovial y Sacyr. También el Acuerdo Marco de Safran (fabricante francés de componentes en los ámbitos de la aeronáutica y la defensa) e IndustriALL Global Union, de 2017. Todos ellos disponibles en la web (https://proyectotranslab.usal.es/) elaborada por los miembros del Proyecto de investigación "La dimensión trasnacional del Derecho del trabajo: de la pirámide a la red. La contribución española" (PIE 2019-104809-100), dirigido por los profesores Sanguineti Raymond y Vivero Serrano.

28 Se ha subrayado que "la falta de sensibilidad y de capacidad de respuesta de muchos mecanismos a sus contextos jurídicos, reglamentarios, económicos, sociales y culturales, y la falta de cooperación entre los creadores y los administradores de los mecanismos en contextos y casos específicos, dan lugar a procesos poco claros e incoherentes, ineficiencias y otros obstáculos para los titulares de derechos". Así en el Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, titulado "Mejorar la rendición de cuentas y el acceso a las reparaciones para las víctí-

resulta fundamental en este ámbito delimitar el periodo de tiempo destinado a los instrumentos de diálogo para evitar que éstos actúen como mecanismos dilatorios y disuasorios, "dentro de un asfixiante entorno de prolijos trámites"[29]. En esta línea, a modo de ejemplo, el Acuerdo Marco suscrito entre Siemens Gamesa e IndustriALL Global Union, renovado en noviembre de 2019, prevé que transcurridos dos meses sin haber hallado una solución, como paso previo a la presentación de una demanda judicial ante las instancias competentes en la localidad de la sede del grupo empresarial, las partes puedan designar un mediador (de la OIT o de "cualquier otra tercera parte acordada conjuntamente")[30].

Frente a este proceso voluntario en el que el mediador se limita a ayudar a las partes a dialogar y a ofrecer sugerencias no vinculantes, las federaciones sindicales internacionales se han mostrado cada vez más partidarias de incluir en los acuerdos el recurso al arbitraje para poner fin al litigio de manera definitiva y vinculante. Así, en esta línea se sitúan algunos AMG que recurren al arbitraje como sistema para resolver las desavenencias que la propia validez, interpretación o ejecución de los compromisos alcanzados pudieran dar lugar[31]. Este es el caso del Acuerdo Global del distribuidor alimentario francés Auchan Retail, donde se contempla el sometimiento de las disputas ante un órgano arbitral independiente y las partes se comprometen "a compartir los gastos de arbitraje a partes iguales"[32]. En otras ocasiones será dicho árbitro independiente a quien

---

mas de violaciones de los derechos humanos relacionadas con actividades empresariales mediante los mecanismos de reclamación no estatales", julio de 2020, p. 4 (puede consultarse en https://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?si=A/HRC/44/32) .

29 A. OJEDA AVILÉS, "Métodos y prácticas en la solución de conflictos laborales: Un estudio internacional", OIT, Servicio de Diálogo Social, Legislación y Administración del Trabajo, 2007, p. 13 (https://www.researchgate.net/publication/316274915_Metodos_y_practicas_en_las_solucion_de_conflictos_laborales_Un_estudio_internacional).

30 De manera similar también en el AMG entre Stora Enso (empresa de materiales renovables) y los sindicatos mundiales IndustriALL, UNI y la ICM, de 2018; el AMG entre la francesa GDF SUEZ y las federaciones sindicales internacionales ICEM, FITCM e ISP, de noviembre de 2010; el AMG de la empresa sueca Loomis AB junto a UNI GLOBAL UNION y Swedish Transport Workers' Union, de diciembre de 2013; el Acuerdo entre la francesa Société Générale y HRD, UNI Global Union, de junio de 2015; el AMI entre la holandesa ABN AMRO y CEO, UNI Global Union, FNV, de septiembre de 2015; o el AMG entre la alemana GeoPost y Chairman, Uni Global y tres sindicatos franceses (CGT-FAP, F3C-CFDT, FO-COM), de marzo de 2017 (disponibles todos ellos en https://ec.europa.eu/social/).

31 Entre otros, el AMI entre la holandesa EADS y el comité de empresa europeo, de mayo de 2012 (puede consultarse en http://www.industriall-union.org/eads).

32 Suscrito en marzo de 2017 con CEO, HR Head, Uni Global y Uni Commerce. El recurso a un "árbitro neutro con miras a encontrar una solución" está también contemplado en el Acuerdo UNI y G4S, de 2008 (https://ec.europa.eu/social/).

le corresponda decidir qué parte deberá asumir los costes asociados al arbitraje efectuado[33].

Resulta sumamente interesante la previsión contenida en el "Acuerdo Global para contribuir a la aplicación de las normas internacionales del trabajo en la cadena de suministros" entre la textil MANGO y CCOO industria, de julio de 2018. En el caso de que no se alcance un acuerdo entre las partes implicadas en un conflicto, se solicitará el "asesoramiento experto de la OIT en el marco del diálogo entre empresa y sindicato establecido en la Declaración de la OIT sobre las EMN, para la mediación y la solución de diferencias o arbitraje"[34]. Y este compromiso concluye con la exigencia, dirigida a las partes, de asumir las recomendaciones finales de la OIT "o de la persona indicada por este organismo"[35].

Hay algunos precedentes de la labor asesora que está en disposición de desplegar la OIT ante los problemas sociales transnacionales; aunque en verdad no son abundantes, dada la tradicional reticencia de las empresas y gobiernos a aceptar la intervención de la OIT en toda materia concerniente a los aspectos económicos[36]. No obstante, en este escenario global y cambiante que nos envuelve, el cometido de la OIT podría ser relevante para contribuir a alcanzar un fin pacífico a los conflictos[37]. Su carácter neutral y la amplia experiencia de su personal en la delimitación del significado y alcance de los derechos laborales, le convierte en un apropiado actor en este ámbito. Aporta independencia, objetividad y credibilidad frente a la desconfianza que los mecanismos de resolución de las reclamaciones, fundamentalmente de carácter interno o *in situ*, pueden despertar entre los trabajadores. De ahí que se haya defendido que, "como norma

33 Así en el AMG suscrito entre la danesa ISS y UNI, de 2008 (https://ec.europa.eu/social/).

34 También apela a la OIT como árbitro en caso de que no se puedan resolver las desavenencias por los cauces inicialmente dispuestos por la empresa y la representación de los trabajadores el Acuerdo Marco de la empresa Noruega Aker y Fellesforbundet, Tekna, NITO e IndustriAll, suscrito en diciembre de 2012 (disponible en http://www.industriall-union.org/es/acuerdos-marco-globales-amg).

35 De manera similar en el AMG de la alemana Tchibo junto a CEO e IndustriALL Global, de septiembre de 2016 (https://ec.europa.eu/social/).

36 *Vid*., al respecto, J. M. SERVAIS, "Las empresas multinacionales y la OIT…", cit., pp. 15, 23-24.

37 Se indica en el IV Informe "El trabajo decente en las cadenas mundiales de suministro", Conferencia Internacional del Trabajo, 105.ª reunión, 2016, p. 74, "Cabe examinar las diversas posibilidades de que la OIT participe en la supervisión, mediación y arbitraje, la creación de capacidades y la prestación de asesoramiento técnico relativo a la aplicación y seguimiento de las disposiciones de los AMI".

general, la OIT debería poder intervenir, independientemente de la forma de su participación, a petición de una de las partes interesadas"[38].

Son varias las posibilidades de actuación. La OIT podría contribuir a la "formación y certificación" de los árbitros encargados de resolver los conflictos transnacionales[39]. Aunque dada la favorable tendencia a contemplar el arbitraje como vía de resolución de conflictos en los instrumentos laborales internacionales más recientes, así como la probable inexistencia a día de hoy de un panel amplio y adecuado de árbitros expertos en la materia laboral (entre los que las partes puedan elegir para resolver sus disputas), sería también deseable que la Organización ofreciera una "reserva de árbitros cualificados e interesados para este fin"[40]. Cuestión distinta es si en la actualidad la OIT tiene capacidad para desempeñar dicho papel, pues en varias ocasiones ya ha manifestado que son múltiples las limitaciones que atan una actuación en la dirección propuesta. De ahí que debamos también dirigir la mirada hacia otras iniciativas que se encaminan en la senda de la articulación de un mecanismo adecuado, específicamente pensado para la resolución de los conflictos laborales transnacionales.

3.3. Las Reglas de La Haya sobre arbitraje de negocios y derechos humanos

Llegados a este punto, no puede dejar de destacarse la reciente elaboración de un conjunto de procedimientos para el desarrollo del arbitraje internacional como método para resolver las disputas en materia de derechos humanos que involucran a empresas y actividades comerciales. Se trata de las conocidas como Reglas de La Haya en arbitraje que involucre a empresas y derechos humanos ("The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration"), de diciembre de 2019, iniciativa en la que han participado diferentes grupos de interés (empresas, organizaciones internacionales, gobiernos, organizaciones no gubernamentales, académicos, pero también abogados, jueces y árbitros con experiencia en derechos humanos, arbitraje y funcionamiento de cadenas de

38 Así lo había propuesto R-C. DROUIN, "The role of the ILO in promoting the development of international framework agreements", en AA.VV. (K. Papadakis, ed.), *The role of the ILO in promoting the development of international framework agreements*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2008, p. 255.

39 De este modo en F. HADWIGER, "Acuerdos marco internacionales Lograr el trabajo decente en las cadenas mundiales de suministro", Documento de referencia de la Oficina Internacional del Trabajo (OIT), 2016, p. 66

40 J. BLASI y J. BLAIR, *An analysis…*, cit., p. 36

suministro)[41]. Este nuevo marco regulatorio propicio al arbitraje toma como referencia el Reglamento de arbitraje de la CNUDMI, pero introduce ciertas modificaciones con el ánimo de posibilitar las reclamaciones colectivas y conseguir mayor transparencia, tanto en los procedimientos, como en los laudos. Y para que los resultados sean plenamente satisfactorios se hace especial hincapié en la necesidad de que los árbitros sean verdaderos especialistas en la resolución internacional de conflictos y en materia de derechos humanos[42].

En el espíritu de estas Reglas está la consideración de las mismas como un instrumento complementario que de ningún modo pretende sustituir a los mecanismos judiciales o extrajudiciales estatales, sino que tiene por objeto reducir las barreras en el acceso a la justicia y mejorar las posibilidades de obtener un resarcimiento ante vulneraciones de los derechos aludidos. No se articula, por tanto, una vía paralela similar al sistema ISDS (o ICS) previsto en los tratados de libre comercio para la resolución de controversias inversor-Estado, el cual funciona a modo de privilegiado cauce que permite a las multinacionales acudir a un tribunal de arbitraje internacional para proteger sus inversiones frente a los Estados receptores, eludiendo así la legislación y tribunales nacionales en favor de una instancia arbitral de elevados costes a la que no tienen acceso los inversores nacionales[43].

41 Puede consultarse el documento completo en https://www.cilc.nl/cms/wp-content/uploads/2019/12/The-Hague-Rules-on-Business-and-Human-Rights-Arbitration_CILC-digital-version.pdf.

42 Concretamente, el art. 11 exige que los árbitros no mantengan ningún tipo de vínculo con el conflicto, ni siquiera nacionalidad común con las partes, para garantizar la independencia e imparcialidad. Además, el art. 31 contempla la posibilidad de designar a un "arbitro de emergencia" para poder adoptar medidas cautelares urgentes que impidan la producción de daños irreparables o de difícil reparación.

43 Sobre el impacto negativo que este tipo de arbitraje puede comportar sobre el orden constitucional de la Unión Europea debido a la opacidad de los procedimientos, el riesgo de decisiones contradictorias, la rígida confidencialidad y la ausencia de independencia e imparcialidad de los árbitros, *vid*. D. LANTARÓN BARQUÍN, *La tutela internacional del trabajador: categorías y estrategias. El "trabajo decente" como telón de fondo*, Tirant lo Blanch, 2019, p. 14 (TOL7.571.673) y A. REINISCH, "The European Union and Investor-State Dispute Settlement: From Investor-State Arbitration to a Permanent Investment Court", *Investor-State Arbitration Series*, núm. 2, 2016, pp. 14-24, disponible en https://www.cigionline.org/sites/default/files/ isa_paper_series_no.2.pdf. Téngase en cuenta, no obstante, que el Dictamen 1/17 del TJUE declaró la compatibilidad del mecanismo de solución de controversias inversor-Estado con el Derecho de la Unión, decisión que abre la puerta a la inclusión de estos mecanismos ISDS en los tratados de libre comercio de nueva generación. *Vid*. al respecto a I. IRURETAGOIENA AGIRREZABALAGA, "Dictamen 1/17 del TJUE: la homologación del nuevo modelo de solución de diferencias inversor-Estado (ISDS) impulsado por la Unión Europea", *La Ley Unión Europea*, núm. 70, 2019 (LA LEY 6656/2019).

Pues bien, las Reglas de La Haya se adhieren al espíritu de los Principios Rectores y potencian el arbitraje como cauce para resolver los conflictos que surjan con ocasión del incumplimiento de los compromisos contractuales o derivados de la producción de daños sobre los derechos humanos como consecuencia de actividades empresariales. Como puede preverse, gozan de un amplio ámbito aplicativo al posibilitar arbitrar las disputas que puedan surgir entre empresas, sindicatos, Estados, organizaciones internacionales, particulares, sindicatos y organizaciones laborales, Estados, entidades estatales y organizaciones de la sociedad civil, partiendo en todo caso de un consentimiento informado, el cual puede ser previo al litigio o posterior al mismo si se formaliza en un acuerdo de sumisión.

De manera que el arbitraje precisará de la voluntad favorable de las empresas para someter a esta vía de resolución los litigios en los que sean parte, lo cual conducirá a que en muchas ocasiones este mecanismo no llegue a materializarse. Está por ver en qué medida las Reglas de La Haya contribuyen a la resolución de las disputas transnacionales y a procurar la reparación de aquellas vulneraciones de los derechos humanos que resultan de la actividad empresarial. Además, este instrumento no está exento de importantes lagunas, cual es la de no llegar a abordar las modalidades para garantizar el cumplimiento de los laudos, pues se remite a las legislaciones nacionales y a las obligaciones de dimanantes de los tratados internacionales, incluida la Convención de Nueva York de 1958 sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras. Con todo, es esta una iniciativa ambiciosa que abunda en la pujanza del arbitraje internacional como vía adecuada para la búsqueda de soluciones a los conflictos de trabajo.

3.4. Cláusulas de arbitraje modelo en el contexto de los Acuerdos de Marca Exigibles: un próspero modelo de gobernanza laboral transnacional.

En la búsqueda de fórmulas que respondan satisfactoriamente al reto de proporcionar soluciones satisfactorias a las controversias laborales, destaca la

Precisamente, el Acuerdo Global de Inversiones entre la Unión Europea y China, firmado en diciembre de 2020, incluye un mecanismo de solución de conflictos. En particular, contempla el recurso a la mediación y el arbitraje cuando ésta fracase, conformando el panel arbitral tres expertos independientes. Sobre esta cuestión, *vid.* A. OJEDA AVILÉS, "El Derecho del Trabajo como colaborador de la libre competencia: el Acuerdo Global de Inversiones UE-China", en AA.VV. (W. Sanguineti Raymond, dir.), *Comercio internacional, trabajo y derechos humanos*, Ediciones Universidad de Salamanca, 2021, p. 93 (pendiente de publicación).

iniciativa pionera emprendida por cuatro ONGs internacionales ("Clean Clothes Campaign", "Global Labor Justice", "International Labor Rights Forum" y "Worker Rights Consortium"), para la configuración de un Modelo de Cláusulas de Arbitraje Laboral Internacional ("Dispute Resolution System and Model Arbitration Clauses for Disputes Arising Under Enforceable Brand Agreements")[44]. Su propósito es el de servir como marco de referencia común para resolver los litigios surgidos en el seno de la aplicación de los Acuerdos de Marca Exigibles (EBA, por sus siglas en inglés). Se trata, entonces, de favorecer la inclusión de una cláusula de arbitraje vinculante que convierte a este tipo de acuerdos en instrumentos verdaderamente ejecutables[45]. De hecho, se requiere a las marcas la imposición de sanciones o la cancelación de los contratos de suministro con los proveedores que no pongan los medios necesarios para cumplir el laudo.

Este modelo toma como inspiración el arbitraje que tuvo lugar con ocasión del Acuerdo de Bangladesh (finalizado sin un laudo arbitral sobre el fondo de litigio) con el objeto de extenderlo a los acuerdos que de aquí en adelante se puedan firmar. Fueron justamente la preocupación por la dilatación temporal en la resolución de tales conflictos, los amplios costes, la complejidad del procedimiento experimental entablado para la resolución de controversias, algunos de los factores que alimentaron la configuración del prototipo de cláusula de arbitraje internacional al que se está aquí aludiendo[46].

Se pretende un sistema de arbitraje rápido (las partes pueden renunciar a la audiencia para ahorrar tiempo), transparente[47] y más económico que el mercantil. En el art. 14 del Modelo se aborda específicamente esta cuestión. Se promueve la

44 Un imprescindible análisis del mismo en A. OJEDA AVILÉS, "El modelo de arbitraje laboral internacional de junio de 2020", *Trabajo y Derecho*, núm. 69, 2020, LA LEY 10220/2020.

45 *Vid*. T. HARDY e I. LANDAU, "Transnational Labour Governance in Global Supply Chains: Asking Questions and Seeking Answers on Accountability" en AA.VV. (G. Delautre, E. Echeverria Manrique, C. Fenwick, eds.), *Decent Work in a Globalized Economy: Lessons from Public and Private Initiatives*, ILO Press, 2021, p. 61.

46 A. TREBILCOCK, "The Rana Plaza disaster seven years on: Transnational experiments and perhaps a new treaty?", *International Labour Review*, vol. 159, núm. 4, 2020, pp. 551-552. Así, tal y como se afirma en el propio resumen ejecutivo del documento, la cláusula modelo pretende promover "un sistema de arbitraje racionalizado que se mueva con rapidez, evite la litigiosidad excesiva, promueva una mayor transparencia, no imponga costes onerosos a las partes y a sus representantes, y que se ejecute de forma definitiva y vinculante, asegurando al mismo tiempo la imparcialidad y las debidas garantías procesales para todas las partes del acuerdo".

47 Conforme al art. 7, las partes acordarán en qué medida la información relativa al arbitraje se podrá hacer pública. Y en caso de disputa sobre tales aspectos, será el árbitro quien dirima dicho desacuerdo.

creación a través de los acuerdos de marca de un fondo de reserva para cubrir el conjunto de los gastos que comportará (al menos) un arbitraje. La contribución de las partes signatarias a dicho fondo será objeto de negociación en cada uno de los acuerdos. En el caso de que no se haya constituido, se contempla que las partes sufraguen conjuntamente el arbitraje, aunque el árbitro laboral podría decidir que las costas sean asumidas por las partes en cantidades diferentes[48]. Con todo, no cabe soslayar que la cuantía seguirá siendo considerable al tratarse de un procedimiento internacional y quizás aleje a muchas de las partes afectadas en litigios laborales al carecer de suficiente capacidad económica. Pero aun con las evidentes dificultades que se aventuran en este terreno para los sindicatos, al menos se ha puesto en marcha una iniciativa que proporciona una vía de resolución alternativa a los conflictos laborales más asequible que la judicial, circunstancia que también merece ser puesta de manifiesto.

En resumidas cuentas, el prototipo de cláusula viene a facultar la inclusión de un mecanismo de arbitraje con el ánimo de contribuir a garantizar el cumplimiento efectivo de los estándares laborales amparados por el acuerdo de marca, pero actúa en realidad como complemento (y no como sustituto) de otros cauces de resolución de conflictos, contenciosos y no contenciosos, ya sean de ámbito nacional o internacional, que se pudieran presentar en el contexto de los conflictos globales de trabajo[49]. Y para colmar las lagunas que pudieran presentarse, podrán resultar de aplicación las reglas de la CNUDMI o La Haya. Además, se adjunta un código de conducta que habrá de regir la actuación del árbitro (o tribunal de tres personas cuando la complejidad del asunto a tratar así lo requiera), cuya designación partirá de su inclusión en una lista permanente pactada por los signatarios del acuerdo, conformada por al menos diez árbitros especialistas en derechos humanos internacionales, derechos laborales y normas laborales. Se estima completamente imprescindible dicha cualificación específica a fin de impedir que el laudo otorgue prioridad a los aspectos comerciales en detrimento de los derechos laborales[50]. De ahí que los integrantes del panel ar-

48 Así será "por razones de equidad, teniendo en cuenta los recursos financieros relativos de las partes, la naturaleza del litigio, los hechos y las circunstancias de la controversia, los hechos y las circunstancias del caso y otras consideraciones pertinentes".

49 De acuerdo con el art. 15, aunque el procedimiento de arbitraje ya hubiera comenzado, éste podría suspenderse en cualquier momento si las partes deciden recurrir a la medición u otros medios de resolución del conflicto.

50 El propio documento menciona el precedente que se pretende evitar a toda costa: se trata del arbitraje entre Estados Unidos y Guatemala, donde se dieron prioridad a los aspectos comerciales derivados del Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y Estados

bitral sean árbitros profesionales y mediadores con conocimientos y experiencia internacional, funcionarios retirados de la OIT (aunque también podrían serlo de otras organizaciones internacionales o de gobiernos nacionales), reconocidos académicos y respetados sindicalistas "o figuras gerenciales que se han ganado la confianza de la otra parte durante un largo período de tratos probados de buena fe" (art. 3). Y es que, en todo caso, el contenido del laudo debe ser compatible con las normas internacionales de trabajo y derechos humanos (art. 13).

Es pronto todavía para aventurar el alcance real que tendrán estas Cláusulas Modelo. En el peor de los escenarios, podrían reducirse a una mera guía con la que hacer frente a la reparación exclusivamente ante flagrantes violaciones de los derechos de los trabajadores de gran repercusión internacional. Fuera quedarían el resto de incumplimientos de los compromisos asumidos públicamente por las empresas en el conjunto de las operaciones e instalaciones de la cadena de suministro y atentados más "humildes" contra los derechos laborales "diluidos en una gran cantidad de afectados pero cada uno con muy poca fuerza negociadora, sin ninguna organización que salga en su defensa o sin la capacidad necesaria para hacer firmar un acuerdo ejecutivo a la poderosa marca"[51]. Ahora bien, no puede dejar de subrayarse la valía de esta iniciativa, pues viene a colmar parte del vacío que existe en este ámbito y a alinearse con otros esfuerzos, igualmente necesarios, que se encaminan hacia la gestión colaborativa de la cadena de suministro.

4. REFLEXIONES FINALES.

El funcionamiento eficaz de un sistema de relaciones laborales depende en gran medida de una apropiada gestión de los conflictos, incluidos los litigios transnacionales de trabajo. Y en un mapa huérfano de órganos judiciales de ámbito internacional destinados a la resolución de los conflictos laborales, las alternativas extrajudiciales constituyen una atractiva vía para la poner un punto y final pacífico a las controversias existentes. No sólo ofrecen una cierta celeridad en la terminación del objeto de la disputa (en comparación con la prolongada tramitación procesal de los litigios) y un coste económico más contenido, sino que además permiten a las partes implicadas conservar un cierto control sobre los términos de la discusión para lograr, así, una solución más satisfactoria.

Unidos de América (CAFTA, por sus siglas en inglés), desentendiéndose de las decisiones del Comité de Libertad Sindical de la OIT, el Comité de Expertos, los tribunales internacionales de derechos humanos y otros organismos relevantes.

51 A. OJEDA AVILÉS, "El modelo de arbitraje laboral internacional…", cit., p. 2.

Téngase también en cuenta que, frente a la publicidad que acompaña a los procesos judiciales, la confidencialidad es una pieza clave de estos métodos alternativos de resolución de conflictos. Y precisamente este carácter reservado juega en favor de estas opciones. Cierto es que la confidencialidad sustrae del conocimiento el verdadero nivel de cumplimiento de los estándares laborales por parte de las multinacionales, así como de las empresas fabricantes, proveedoras o distribuidoras que conforman la cadena global de suministro. Impide también a los sindicatos mundiales dar a conocer las circunstancias que rodean la resolución del litigio. Pero, al tiempo, puede favorecer la reparación mediante el empleo de estos métodos resolutorios si las grandes firmas los perciben como un mecanismo óptimo que eluda el riesgo de las crisis reputacionales, las cuales que pueden llegar a tener efectos irreparables para la marca.

Hechas estas consideraciones, resulta deseable implementar métodos de gestión de los conflictos laborales adaptados al complejo escenario globalizado que nos envuelve. Y, precisamente, el arbitraje internacional puede llegar a erigirse en un mecanismo apropiado para la solución de controversias laborales que alcanzan a la cadena de suministros. El voluntario sometimiento a esta solución heterónoma no es óbice para el obligatorio cumplimiento de la decisión que en cada supuesto se adopte. Al tiempo, ofrece rapidez frente a los largos procesos judiciales que suelen extenderse durante años, con el consiguiente ahorro de costes tan necesario dada la debilidad económica de la parte trabajadora en este tipo de disputas. La moderación de los costes en el caso del arbitraje contribuye a lograr un cierto equilibrio de fuerzas entre las partes. Se evita así que la mayor vulnerabilidad de una de ellas impida acceder a la reparación o salvaguarda de los derechos laborales. Piénsese en que los eventuales destinatarios de los laudos, junto a las multinacionales, son las federaciones sindicales internacionales, comités de empresa europeos e, incluso, foros globales. Además, este mecanismo también puede proporcionar amplios grados de flexibilidad para adaptar el procedimiento arbitral a las particulares circunstancias que envuelvan cada una de las disputas mantenidas.

Es hora, por tanto, de abordar los presupuestos bajo los que debe articularse el arbitraje laboral internacional a fin de que no constituya un instrumento de huida del derecho internacional del trabajo en favor de las empresas multinacionales y en detrimento de los más débiles. En tanto se configura un marco de referencia común con capacidad para resolver específicamente los conflictos laborales a nivel mundial, la autonomía colectiva está llamada a desempeñar

en este ámbito un papel crucial. Los AMG o los Acuerdos de Marca Exigibles constituyen un relevante vehículo para transmitir la credibilidad y confianza necesaria en su eficacia entre los grupos de interés. De hecho, la participación de todos los interlocutores en la configuración de este mecanismo permite que el arbitraje internacional pueda atender rápidamente un conflicto laboral y reparar efectivamente los agravios que se hubieran podido causar en el ámbito de las cadenas mundiales de suministro sin necesidad de una contienda judicial. Y, a diferencia de los códigos de conducta unilaterales, en este tipo de instrumentos los empleadores y trabajadores pueden fijar los términos en los que se otorgará poder de decisión a un árbitro, con amplios conocimientos y experiencia en la materia laboral, con un coste asequible, que pueda garantizar el respeto de los derechos laborales y contrarrestar así los abusos o excesos que se cometen a lo largo de todos los eslabones de la cadena de suministro. Ya hay algunas experiencias exitosas en este campo, en los que el arbitraje laboral ha adquirido tintes de protagonismo. Resulta, por tanto, deseable seguir avanzando por esta senda.

EMPRESAS TRASNACIONALES Y DERECHOS HUMANOS: ANÁLISIS TÉCNICO-JURÍDICO Y RAZONES PARA AVANZAR HACIA UN INSTRUMENTO VINCULANTE

DANIEL PERES DÍAZ

Investigador Predoctoral Contratado en el Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada (España). Ha sido galardonado con el IX Premio Jóvenes Investigadores convocado por la Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid (2019), el Premio a mejor Expediente Académico de la Real Academia de la Legislación y Jurisprudencia de Granada (2019), y el Premio UGR-Caja Rural a la Excelencia en el Rendimiento Académico (2020).

GASTÓN LÓPEZ ARGONZ

Relator en la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo (Argentina), y docente de grado y posgrado del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Buenos Aires (Argentina) y en la Facultad de Derecho de la Universidad Indoamérica (Ecuador). Es Magister en Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales por la Universidad de Salamanca (España) y es actualmente Doctorando en esta última institución.

ABSTRACT: As a consequence of economic-financial globalization, there are currently two legally significant events. On the one hand, the emergence of transnational companies with the ability to circumvent the regulatory framework of nation-states. On the other hand, the insufficiency of International Law to deal with the violations or abuses of human rights committed by these transnational companies in the context of their commercial activity. In this context, we will draw up a technical-legal analysis that shows the need to overcome the paradigm of voluntariness and soft law (codes of conduct and global framework agreements), as well as the reasons why it would be desirable to approve a treaty legally binding that establishes the legal responsibility of companies.

KEYWORDS: Human Rights, Legally Binding Instrument, Trasnational Corporations.

1. INTRODUCCIÓN

Con motivo de la globalización —deslocalización industrial, financiarización de la economía y desterritorialización del capital[1]— se ha consolidado en la esfera internacional una suerte de ley del mercado (*lex mercatoria*), de variable y heterogénea composición, pero en cualquier caso reconducible al dominio de los "poderes salvajes"[2] por encima de los Estados-nación, ahora concebidos como sujetos inermes e incapaces de regular la actividad económica[3]. El capital, en la forma de empresa trasnacional, no produce ya únicamente bienes y servicios, sino que adopta también el *status* de agente productor de normas, con capacidad de regir o —al menos— influir en las reglas jurídicas aplicables, modulándolas al gusto y asumiendo compromisos de manera unilateral y voluntaria. El correlato es la creación de un espacio jurídicamente gris, donde la responsabilidad de las empresas transnacionales por las violaciones de los derechos humanos internacionalmente protegidos es, como mínimo, difusa. Es por eso que el estado de cosas requiere de una reflexión técnico-jurídica rigurosa, acompañada de la subsiguiente propuesta de política legislativa, con el fin de fortalecer un marco normativo e institucional todavía insuficiente. En última instancia, de lo que se

1 BERARDI, F., La sublevación, México, Surplus Ediciones, p. 50 ss.

2 FERRAJOLI, L., Manifiesto por la igualdad, Barcelona, Trotta, 2019, p. 95.

3 *Vid.* GIL y GIL, J.L., "La dimensión social de la globalización en los instrumentos de la OIT", Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Trabajo, Vol. 5, núm. 1, 2017.

trata es de ofrecer razones para superar el paradigma de la autorregulación privada y el *soft law* (códigos de conducta y Acuerdos Marco Globales)[4], y avanzar consecuentemente hacia un instrumento jurídicamente vinculante.

2. EL "SOFT LAW" Y LA VOLUNTARIEDAD COMO PARADIGMAS HEGEMÓNICOS

2.1. Los principios rectores de naciones unidas. Un paso necesario pero insuficiente

Las cadenas globales de valor plantean esencialmente tres problemas relacionados entre sí: la autonomía jurídica de cada una de las sociedades que la componen; la territorialidad de cada orden jurídico; y la ausencia de personalidad jurídica de la empresa trasnacional. Estos tres elementos abren la puerta a la irresponsabilidad jurídica de las empresas trasnacionales y, con ello, a las dificultades para reparar el daño sufrido por las víctimas en el extranjero[5].

Con el fin de emparejar la clara asimetría entre la dimensión trasnacional de las actividades empresariales y el carácter nacional de las normas laborales, así como de reducir el notorio déficit de gobernanza de las cadenas mundiales de valor y avanzar en la tríada "proteger, respetar y remediar" (*Global Compact* anunciado en julio del 2000), la ONU aprobó en el 2011 los *Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos*[6]. Se trata de un instrumento de "derecho suave" que, lejos de crear nuevos deberes, recoge e interpreta las obligaciones en derechos humanos ya establecidas por el Derecho Internacional, limitándose a señalar directrices para su cumplimiento en el contexto de la relación entre la empresa trasnacional y los derechos humanos. En síntesis, no crea ni establece un marco normativo en sí mismo, ni tampoco un sistema de sanciones para los casos de incumplimiento.

El núcleo de los Principios Rectores lo compone la noción de *debida diligencia* para identificar, prevenir, mitigar y responder a los efectos adversos de

4 *Vid.* LANTARÓN BARQUÍN, D., "¿Hacia un sistema «cosmopolita» de fuentes del Derecho del Trabajo? La empresa multinacional como detonante del cambio", Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales, núm. extra 10, 2019.

5 DAUGAREILH, I., "La ley francesa sobre el deber de vigilancia de las sociedades matrices y contratistas: entre renuncias y promesas", en SANGUINETI RAYMOND, W. y VIVERO SERRANO J.B., *Impacto laboral de las redes empresariales,* Granada, Comares, 2018, pp. 362-363.

6 *Vid.* Resolución 17/4 del Consejo de Derechos Humanos de la ONU del 16 de junio de 2011. El texto de los Principios Rectores se halla publicado en https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_sp.pdf (última consulta 5/07/2021).

la actividad empresarial. Los mencionados Principios resaltan la capacidad de influencia de las empresas trasnacionales sobre todos los eslabones que integren su cadena de valor, insistiendo, además, en la importancia de que sean las empresas quienes reconozcan y respeten una serie de valores fundamentales en materia de derechos humanos, normas laborales, medio ambiente y corrupción. No obstante, se sigue poniendo el foco en los Estados y la necesidad de establecer leyes, normativas y acuerdos internacionales vinculantes. De esta forma, una iniciativa de regulación que se postula como global, al quedar sujeta al refrendo de cada Estado conforme a su propia estructura de fuentes locales (fórmulas de "anclaje")[7], termina por fragmentarse y reculando en su pretendido carácter universal y uniforme[8]. Así, aun cuando su adopción pueda ser considerada un avance en relación a otros instrumentos de *soft law*, no es más que otro intento por promover el respeto por los derechos humanos laborales en el orden internacional sin abordar la cuestión esencial: el déficit de gobernanza que padecen los Estados receptores para regular el funcionamiento laboral de los eslabones de las cadenas de valor situadas en su territorio[9].

El impacto de los Principios rectores en la construcción de este paradigma basado en la voluntariedad es claro, como atestigua la revisión de las Líneas Directrices de la OCDE[10] en el año 2011. En efecto, las aludidas Directrices incorporaron un capítulo sobre derechos humanos, así como una recomendación sobre la debida diligencia en materia de derechos y gestión responsable

7 BAYLOS GRAU, A., "La responsabilidad de las empresas trasnacionales en los procesos de externalización. Las cláusulas sociales internacionales", en MONEREO PEREZ, J.L y PERÁN QUESADA, S. (Dirs.), La externalización productiva a través de la subcontratación empresarial: aspectos laborales y de Seguridad Social, Granada, Comares, 2018, pp. 115-132.

8 Algunos ejemplos son la Ley de Transparencia en la Cadena de Suministro de California (EEUU, 2010), la Ley sobre la Esclavitud moderna (Reino Unido, 2015) y la más reciente Ley sobre el deber de vigilancia de las casas matrices y empresas contratistas (Francia, 2017).

9 La limitada capacidad regulatoria de los Estados receptores se debe principalmente a la búsqueda de un mejor posicionamiento en el mercado y en la competencia global, proceso donde concurren, en mayor y menor medida, factores políticos, técnicos y económicos, los cuales inciden y potencian el llamado *shopping normativo. Vid.* SANGUINETI RAYMOND, W., "Las cadenas mundiales de producción y la construcción de un derecho del trabajo sin fronteras". Ponencia inaugural del XXIX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Salamanca, 2019.

10 El proceso normativo a nivel internacional ha comenzado de la mano de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) con sus Líneas Directrices para Empresas Multinacionales (1976), seguida por la Declaración Tripartita sobre Empresas Multinacionales y Política Social de la OIT (1977) y, más recientemente, con los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos de las Naciones Unidas (2011).

de la cadena de suministros; también se incluyó una guía de procedimiento para los Puntos Nacionales de Contacto, concebidos como mecanismo de implementación. Las Directrices, al igual que los Principios Rectores, contienen principios y normas no vinculantes que, con base en la Responsabilidad Social Empresarial como elemento ideológico central (típica de toda norma de *soft law*), se traducen en simples recomendaciones dirigidas por los Gobiernos a las empresas multinacionales que operan en países adherentes o que tienen su sede en ellos, sin eficacia obligatoria, ni carácter vinculante en el plano interestatal[11].

Por otra parte, las Directrices mantienen la debida diligencia como mecanismo de control para prevenir y mitigar los impactos negativos de su operatoria a nivel global[12], e incorporan los Puntos Nacionales de Contacto, no como órganos con capacidad jurisdiccional, sino como foro de mediación y conciliación. Así, aun cuando contemplen un procedimiento para recibir denuncias (instancias específicas), la comparecencia, la negociación e, incluso, el cumplimiento del eventual acuerdo, dependerá exclusivamente de la voluntad de la empresa. En este sentido, la implementación de este especial mecanismo de reclamación no puede considerarse un avance en materia de regulación, sino, en todo caso, un instrumento más de cooperación voluntaria trasnacional.

2.2. Los acuerdos marco globales. ¿Un mecanismo adecuado para la protección de los derechos humanos?

Tal y como se desprende de su propio nombre, los Acuerdos Marco Globales, que implican una negociación colectiva sustitutoria de los códigos de conducta adoptados unilateralmente por las empresas, tienen una proyección que excede los contornos del Estado-nación y se expande hacia un mercado global de producción (según la extensión de la cadena de valor de cada empresa trasnacional). Como todo instrumento de *soft law* de carácter no vinculante, los Acuerdos Marco mantienen el mecanismo voluntario de la responsabilidad social de la empresa[13], evidenciando una influencia cada vez mayor y más extensa de la

11 FERNANDEZ MARTINEZ, S., "Las líneas directrices de la OCDE para empresas multinacionales y su puesta en práctica por los Puntos Nacionales de Contacto", Lex Social, Vol. 10, núm. 2, 2020.

12 Sobre la debida diligencia en las cadenas mundiales de suministro, *Vid.* European Comission Synthesis Report, "Study on due diligence requirements through the supply chain", Bruselas, 2020.

13 *Vid.* Libro Verde de la Comisión Europea "Fomentar un marco para la Responsabilidad Social de las Empresas", Bruselas, 18 de julio de 2001.

nueva —y ya citada— *lex mercatoria.* Si bien ya no estamos ante una regulación unilateral, cuya aplicación depende de la voluntad de la empresa líder en la cadena de producción, y del poder que pueda ejercer esta sobre sus socios comerciales, el paso a la bilateralización de las normas no es en sí mismo un mecanismo que otorgue eficacia, aún en su intento de autorregulación trasnacional[14]. Más bien, se trata de una nueva regulación sin Estado, donde de nuevo queda a criterio de la empresa el contenido y el alcance de sus propias responsabilidades frente a la sociedad; la oportunidad y conveniencia de la asunción de responsabilidades para la satisfacción de aquellas necesidades; la continuidad, modificación o interrupción de las acciones emprendidas bajo el paraguas de la Responsabilidad Social Empresarial según su rentabilidad o conveniencia; e incluso la interpretación y alcance de las reglas fijadas[15].

Aquí, incluso aunque pueda considerarse al Acuerdo Marco como un contrato que genera obligaciones para las partes, y se acepte que sus cláusulas puedan incorporarse a los contratos individuales de trabajo[16], la eficacia normativa dependerá de la actuación de la organización sindical firmante y, otra vez, de que cada Estado los reconozca, los interiorice y les atribuya carácter vinculante. Además del escaso contenido, y la dificultad de obtener su exigibilidad[17], el mayor de los problemas en estos sistemas se encuentra probablemente en la muy limitada capacidad de los sujetos privados de inspeccionar los distintos establecimientos de las diferentes empresas a lo largo y ancho del globo. La realización periódica de visitas y auditorías a los distintos centros de trabajo que integran la cadena de producción, necesarias para controlar el cumplimiento del acuerdo, resulta una tarea extraordinariamente difícil y onerosa, considerando

14 *Vid.* GARCIA-MUÑOZ ALHAMBRA, M.A., "Acuerdos Marco Globales Multilaterales: una nueva expresión colectiva del derecho trasnacional del trabajo", Revista de Derecho Social, núm. 70, 2015, pp. 199-216.

15 ACKERMAN, M.E, "Consideración jurídico-laboral de la llamada responsabilidad social de la empresa (para una responsabilidad social responsable)", La Ley, 2008. Cita Online: AR/DOC/829/2008.

16 *Vid.* GIANIBELLI, G., "Responsabilidad legal de las empresas trasnacionales. Eficacia jurídica de los acuerdos marcos globales y estrategias de exigibilidad", Programa Sindical Regional de FEDESUR, Montevideo, 2009.

17 Sobre el contenido, sujetos y mecanismos de puesta en práctica y cumplimiento voluntario de los Acuerdos Marco Globales, *Vid.* BAYLOS GRAU, A.P., "Un instrumento de regulación: empresas trasnacionales y acuerdos marco globales", Cuaderno de relaciones laborales, Vol. 27, núm. 1, 2009, pp. 107-146.

el complejo entramado de empresas que la componen[18]. Basta señalar, como ejemplos de auditorías insuficientes, los casos de Kika y Rana Plaza[19].

Las alternativas a las regulaciones y a las responsabilidades del Estado analizadas hasta aquí acuden a la Responsabilidad Social Empresarial como elemento ideológico de base, y son fruto de soportar décadas de políticas de desregulación y de privatizaciones, cuyas consecuencias repercuten sobre la ciudadanía y no sobre el capital[20]. Los Estados han delegado parte de sus responsabilidades en las empresas, quedando librado su cumplimiento a la pura voluntad de estas. En este marco de desregulación, la Responsabilidad Social Empresarial debe ser reconducida a la obligatoriedad, porque, si los Estados acometen esta efectiva delegación de sus responsabilidades, entonces el sujeto beneficiado de esa delegación (las empresas trasnacionales en este caso) debería asumir, al menos, las mismas obligaciones. En otras palabras, la Responsabilidad Social Empresarial no puede ser entendida como una serie de acciones que las empresas desarrollan dentro de sus posibilidades y conveniencias, sino como conjunto de obligaciones ineludibles e impuestas normativamente, que la llevarán a organizar sus actividades en función de la responsabilidad frente a sus trabajadores y a la sociedad en su conjunto[21]. De ahí la oportuna y necesaria reflexión sobre un instrumento jurídicamente vinculante.

3. ELEMENTOS DE REFLEXIÓN PARA LA APROBACIÓN DE UN INSTRUMENTO VINCULANTE EN EL MARCO DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

3.1. La resolución 26/9 como punto de partida. Contexto, estructura y principales elementos del instrumento vinculante

El 26 de junio de 2014 se aprueba por el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas la Resolución 26/9[22] y se crea el grupo de trabajo inter-

18 El dinamismo de la propia cadena de valor limita la eficacia normativa de estos Acuerdos Marco ante la imposibilidad de prever las formas, espacios y el marco normativo que los recepcionará después de celebrado. Del mismo modo, la negociación y adopción de un acuerdo en un "no-espacio" de regulación global o trasnacional impide la existencia de una normativa de referencia o a la que ajustarse en relación a aspectos como sujetos, materia, vigencia, etc. Sobre esto, *Vid.* GIANIBELLI G., *op. cit.*

19 *Vid.* GUAMÁN HERNÁNDEZ, A. y MORENO GONZÁLEZ, G., Empresas trasnacionales y Derechos Humanos. La necesidad de un Instrumento Vinculante, Albacete, Bomarzo, p. 67.

20 HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA, J., Las empresas trasnacionales frente a los derechos humanos: historia de una asimetría normativa. De la responsabilidad corporativa a las redes contrahegemónicas trasnacionales, Bilbao, Hegoa, 2009, p. 98.

21 *Vid.* ACKERMAN, M.E., Consideración jurídico… op. *cit.*

22 Resolución 26/9, de 14 de junio de 2014, del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Uni-

gubernamental de composición abierta (OEIGWG, por sus siglas en inglés), cuyo mandato sería el de elaborar un instrumento jurídicamente vinculante para regular las actividades de las empresas transnacionales en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La Resolución, que contó con el apoyo de un importante número de "países en desarrollo"[23], abrió un complejo y todavía inacabado proceso de negociaciones bajo la premisa nuclear de que las empresas tienen la responsabilidad de respetar los derechos humanos[24]. Partiendo de esa idea, se han celebrado hasta la fecha seis períodos de sesiones (con una séptima sesión programada para octubre de 2021), cuyos resultados más evidentes son un conjunto de documentos que requieren ser analizados desde un prisma jurídico y crítico. Entre otros, y sin ánimo de exhaustividad, pueden citarse el Documento de Elementos de la Presidencia[25] (2017), el Borrador Cero (2018), una versión revisada de este último (2019) y, finalmente, una Segunda Versión Revisada (2020)[26].

---

das, por el que se establece un grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos.

23 Se entrecomilla la expresión "países en desarrollo" porque, a pesar de tratarse de una terminología ampliamente extendida en la literatura científica, su uso supone o refuerza un paradigma —desarrollismo o modernización— sometido a una revisión crítica en las últimas tres décadas. Para más información sobre este particular, *vid.* PERES DÍAZ, D., "Current Trends in the Political Economy of Development: New Institutional Economy (NIE), Theory of Capacities and Degrowth", en FRAGIO, A. y ROS VELASCO, J., Contemporary Approaches in Philosophical and Humanistic Thought, Italia, Aracne Editrice, 2017, pp. 67-88.

24 Esta declaración de la Resolución 26/9 supone, en contra de las iniciativas basadas en la voluntariedad, un regreso al espíritu de las Normas sobre responsabilidades de las empresas y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos, aprobadas por la extinta Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos de Naciones Unidas aprobadas en el 2003 (E/CN.4/Sub.2/2003/12). Con base en la universalidad, indivisibilidad, interdependencia e interrelación de los derechos humanos, y reafirmando las obligaciones y responsabilidades de las empresas en este ámbito, las Normas del año 2003 reconocían un importante catálogo de derechos y obligaciones: igualdad de oportunidades, derecho a la seguridad personal, obligaciones en materia de protección del consumidor, y obligaciones en materia de protección del medio ambiente, entre otras cosas. Asimismo, establecían la obligación de la empresa trasnacional de cumplir con las disposiciones allí establecidas, previéndose compensaciones rápidas, eficaces y adecuadas a las víctimas en caso de incumplimiento. También incluían evaluaciones periódicas y otros mecanismos de control. Las Normas, fuertemente criticadas por la Organización Internacional de Empleadores y la Cámara de Comercio Internacional, fueron descartadas por la Decisión 2004/116, de 20 de abril de 2004, del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH).

25 Elementos para el proyecto de Instrumento Internacional jurídicamente vinculante sobre empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos, Presidencia del OEIGWG establecido por la Res. A/HCR/RES/26/9 del Consejo de Derechos Humanos, 29 de septiembre de 2017.

26 Legally binding instrument to regulate, in international human rights law, the activities of trans-

Es importante reseñar en este punto que el mandato de la Resolución 26/9 no está dirigido al establecimiento de un catálogo de derechos subjetivos de carácter sociolaboral, sino a "elaborar un instrumento jurídicamente vinculante para regular las actividades de las empresas trasnacionales y otras empresas en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos". Así, la problemática principal es de tipo procedimental, es decir, tiene que ver con el alcance de los mecanismos de tutela y las vías para la eventual exigencia de responsabilidades (civiles, administrativas o penales). De ahí, la necesidad de abordar —aunque sea parcialmente— el problema de la "estructura" del instrumento vinculante. ¿Debe adoptar el instrumento la forma de un tratado marco? ¿O debe consistir, más bien, en un acuerdo con contenido detallado[27]? Recuérdese, al respecto, que John Ruggie —arquitecto de los citados Principios Rectores— ha sido muy crítico con la posibilidad misma de aprobar un instrumento vinculante, reiterando en varias ocasiones su oposición a una regulación detallada de las obligaciones de las empresas trasnacionales en materia de derechos humanos. En su opinión, un instrumento tan amplio no resultaría adecuado en este ámbito, dada la complejidad de las relaciones comerciales mundiales y las dificultades políticas para negociar el aludido instrumento e implementarlo posteriormente a nivel nacional[28].

En este contexto, la Comisión Internacional de Juristas (ICJ por sus siglas en inglés) parece alinearse con la opción del tratado marco[29], reiterando que las

national corporations and other business enterprises, Second Revised Draft, 6 de agosto de 2020. Tanto las dos primeras versiones como la Segunda Versión Revisada están disponibles en la página web de ACNUDH: https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/WGTransCorp/Pages/IGWGOnTNC.aspx (última consulta 28/06/2021).

27 A decir verdad, y aunque nos limitamos a comentar las dos opciones más destacables, son cuatro las fórmulas que han sido consideradas por la doctrina especializada: acuerdo detallado, convención marco, protocolo facultativo anexo a un tratado de derechos humanos ya existente, o un conjunto de instrumentos individuales separados sectorialmente. Para más información sobre este particular, *vid.* MARTENS, J. y SEITZ, K., The struggle for a UN Treaty. Towards global regulation on human rights and business, New York, Rosa Luxemburg Stiftung—New York Office, 2016, pp. 30-43; CASSELL, D. y RAMASASTRY, A., "White Paper: Options For a Treaty on Business and Human Rights", Notre Dame Journal of International & Comparative Law, Vol. 6, núm. 1, 2016, artículo 4.

28 *Vid.* RUGGIE, J.G., A UN Business and Human Rights Treaty Update, Boston, Harvard John F. Kennedy School of Government, mayo de 2014. Disponible en: http:// business-humanrights.org/sites/default/files/media/un_business_and_human_ rights_treaty_update.pdf (última consulta el 29/06/2021).

29 En su opinión, dicho tratado debería centrarse en definir las normas que no se han considerado (o solo se han considerado parcialmente) en los Principios Rectores. Así, el tratado debería incluir una definición más clara de lo que constituye un "abuso" en materia de derechos humanos deri-

normas internacionales son poderosas fuerzas impulsoras para realizar cambios en las leyes nacionales y fomentar políticas destinadas a aumentar la convergencia y coherencia entre los sistemas jurídicos estatales. Aun así, la ICJ indica dos elementos interesantes que conviene subrayar. Primero, deja claro que "la propuesta de un instrumento jurídicamente vinculante en este momento goza de un amplio apoyo […] especialmente de la sociedad civil", siendo un instrumento eficaz para abordar las lagunas existentes en la regulación actual en cuanto a la actividad de las empresas trasnacionales y los derechos humanos. Segundo, si bien entiende que el foro más adecuado para llevar a cabo la elaboración del tratado internacional es el Consejo de Derechos Humanos de la ONU, defiende una mayor participación en el proceso de los órganos de la OIT, abogando incluso por una fórmula de cooperación OIT-ONU[30]. Es esta una opción especialmente interesante para la doctrina laboralista, en la medida en que permite conjugar el Derecho Internacional de los Derechos Humanos con el Derecho Internacional del Trabajo. Lamentablemente, podrá comprobarse en las páginas siguientes que el debate sigue (todavía) enclaustrado en el OEIGWG.

Cerrando este punto, entendemos que no procede la forma de un tratado marco. Por dos razones. En primer lugar, ello delegaría en el Estado la facultad de concretar las obligaciones y el estándar de protección, con el subsiguiente riesgo de crear criterios dispares entre países y con un más que probable efecto *dumping* (los derechos humanos conceptuados por las empresas como "costes"). En segundo lugar, y lo que es más importante, un tratado marco haría decaer la finalidad explícita en el proceso abierto con la Resolución 26/9, que es —recordemos— regular la actividad de las empresas trasnacionales y otras empresas con el fin de evitar "las repercusiones negativas para los derechos humanos".

A la vista de lo antedicho, se ofrecerá en lo sucesivo una reflexión técnico-jurídica de conjunto a partir de unos ejes temáticos concretos, a saber: el ámbito subjetivo de aplicación, la posición del instrumento vinculante respecto de los Principios Rectores (¿oposición o complementariedad?), el establecimiento de obligaciones directas para los Estados y las empresas, la conformación de vías

vado de la actividad empresarial. Asimismo, debería concretar la debida diligencia (prevención) y definir estándares apropiados para la sanción y posterior reparación a las víctimas. MARTENS, J. y SEITZ, K., The struggle for… *op. cit.*, p. 31.

30 ICJ, Needs and Options for a New International Instrument in the Field of Business and Human Rights, junio de 2014. Disponible en: https://www.icj.org/wp-content/uploads/2014/06/NeedsandOptionsinternationalinst_ICJReportFinalelecvers.compressed.pdf (última consulta 30/06/2021).

efectivas para la eventual exigencia de responsabilidad, y el diseño de los oportunos mecanismos de supervisión y control. Dejamos orillada, por tratarse de una cuestión que requeriría un estudio separado más amplio, la problemática relativa a la primacía del instrumento vinculante respecto de los tratados o acuerdos de comercio e inversión[31].

3.2. ¿Qué empresas? La polémica cuestión de la delimitación del ámbito subjetivo de aplicación

Durante las sesiones del OEIGWG, un debate recurrente ha sido el del tipo de empresas que deben caer bajo la regulación del instrumento vinculante. Mientras que algunos Estados se han manifestado a favor de incluir todo tipo de empresas, con independencia de su carácter nacional o transnacional, otros entienden que el sentido del instrumento es, precisamente, el de regular la actividad de las empresas transnacionales en particular. En el Borrador Cero se apostó por un enfoque reducido, de manera tal que el instrumento sería aplicable "a las violaciones de derechos humanos en el contexto de cualquier actividad comercial de carácter trasnacional" (art. 3)[32], mientras que el Borrador Revisado señala que, salvo que se disponga otra cosa, el Instrumento Vinculante se aplicará "a todas las actividades comerciales"[33], incluyendo, pero sin limitarse, a

31 El asunto es complejo, por lo que aquí nos limitaremos a ofrecer un bosquejo de nuestra postura. La tendencia a incluir cláusulas laborales en los Tratados de Libre Comercio (TLC), cuyo efecto positivo es apreciado por parte de la doctrina laboralista, en ningún caso puede suponer un obstáculo para un mecanismo "fuerte" (*hard law*) y universal de promoción del trabajo decente en las cadenas mundiales de producción. En el informe preparatorio del XXIII Congreso Mundial de la SIDTSS, los expertos del Grupo Español argumentan que, ante la insuficiente acción normativa de la OIT, y aun no siendo los tratados de comercio e inversión los instrumentos internacionales apropiados para el reconocimiento y garantía de los derechos de los trabajadores, las cláusulas sociales han servido para encauzar la gobernanza económica internacional por un camino más social, de manera que las ganancias comerciales no se logren sacrificando los derechos humanos. No obstante, lo realmente relevante no es tanto el posible efecto útil de dichas cláusulas, siempre bienvenido (pero en todo caso circunstancial), sino la exigibilidad de un estándar mínimo de derechos humanos en el desarrollo de la actividad económica y comercial mundial. Sobre el particular, *vid.* SANGUINETI RAYMOND, W. (coord.), Research Group "Global Trade and Work", International Society for Labour and Social Security Law, Working Papers, 2021; y CARRIL VÁZQUEZ, X.M., "La negociación del TTIP como ejemplo de ingeniería jurídica al servicio de la degradación de los derechos laborales", Cuadernos de Derecho Trasnacional, Vol. 10, núm. 1, 2018, pp. 33-44.

32 Todas las citas literales de las diferentes versiones son traducciones al castellano elaboradas por los autores a partir de los originales publicados en inglés. Pueden consultarse los textos en: https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/WGTransCorp/Pages/IGWGOnTNC.aspx (última consulta 02/07/2021).

33 Esta modificación fue bien acogida por la ICJ, añadiendo que la previsión del art. 3.2 debería

las empresas trasnacionales. Finalmente, la Segunda Versión Revisada reafirma este último inciso, y diluye aún más el criterio, señalando que el Instrumento Vinculante se aplicará "a todas las empresas, incluyendo, pero sin limitarse, a las empresas trasnacionales y otras empresas que llevan a cabo actividades de carácter trasnacional".

La sucesión de proyectos evidencia un cambio de perspectiva. Pasamos de un enfoque inicial volcado en las empresas trasnacionales a otro de mayor rango, pensado para abarcar a todas las empresas. Algunos autores[34] han hecho una valoración positiva de esta expansión del ámbito subjetivo de aplicación, porque entienden que las eventuales violaciones de derechos humanos cometidas por empresas no dependen del carácter trasnacional o local de la misma. Fue esta una controversia de alta intensidad durante la cuarta sesión del OEIGWG. Muchos Estados y organizaciones insistieron en que el instrumento abarcara a todas las empresas, se dedicasen o no a actividades transnacionales, y señalaron que ello sería compatible con los Principios Rectores. A su juicio, lo importante era la gravedad de las consecuencias en los derechos humanos y no el tipo de actividad o la índole de la empresa, insistiendo en que el planteamiento era vago y posiblemente demasiado amplio[35]. Es un dato a destacar que los partidarios de ampliar el ámbito subjetivo son mayoritariamente occidentales (con la UE y Reino Unido a la cabeza) y firmes defensores de los Principios Rectores[36].

---

ser suficiente para tranquilizar a los críticos del denominado "enfoque de amplio alcance", pues ofrecía criterios para la demarcación de la actividad empresarial de carácter trasnacional. En verdad, la previsión de criterios definitorios en la norma no resuelve el problema planteado. Si el objetivo es la regulación de la actividad comercial trasnacional, el enfoque "amplio" debe ubicarse en el concepto de "empresa trasnacional", no en la noción de "empresa" sin más. Hay aquí un doble movimiento de ampliación del ámbito subjetivo general y restricción del criterio inclusivo para la categoría "empresa trasnacional", algo contra lo que manifestamos nuestro desacuerdo, porque desvirtúa el objetivo de la Resolución 26/9. *Vid.* ICJ, Comments and recommendations on the Revised draft of an International Legally Binding Instrument on Business and Human Rights, febrero de 2020. Disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session5/NGOs/ICJcommentsReviseddrafttreaty2019.pdf (última consulta 1/07/2021).

34 BIALEK, J., "Evaluating the Zero Draft on a UN Treaty on Business and Human Rights: What Does it Regulate and how Likely is its Adoption States?", Goettingen Journal of International Law, núm. 9, 2019, p. 515.

35 Report on the fourth session of the open-ended intergovernmental working group on trasnational corporations and other enterprises with respect to human rights, A/HRC/40/48, 2 de enero de 2019, parágrafo 73.

36 Así, por ejemplo, Reino Unido calificó de "mejora sustancial" la redacción del art. 3 en la Segunda Versión Revisada, la cual incluye expresamente dentro del ámbito de aplicación a todas las empresas privadas (no solo a las empresas trasnacionales) y las empresas propiedad del Estado. *Vid.*

Con todo, la discusión relativa al ámbito subjetivo de aplicación no debe perder de vista cuál es el objetivo principal del instrumento vinculante. Así, si lo que se pretende es resolver los problemas que se derivan de las operaciones internacionales de las empresas trasnacionales, sobre la base de que estas empresas puedan cometer violaciones (o abusos) de los derechos humanos en países en los que no se puede obtener una reparación efectiva, el instrumento debería cubrir esta laguna del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la forma de un tratado vinculante. La Resolución 26/9 así lo entendió desde un principio, como evidencia la nota al pie de página en la que se deja claro que el término "otras empresas" hace referencia a todas las empresas "cuyas actividades operacionales tienen carácter transnacional y no se aplica a las empresas locales registradas con arreglo a la legislación nacional pertinente".

En consecuencia, la finalidad esencial del instrumento vinculante debería ser el instituir mecanismos para evitar que las empresas de dimensión trasnacional recurran a estructuras contractuales y corporativas complejas con el objeto de eludir su responsabilidad en casos de violación de los derechos humanos. En modo alguno supone esto una negación de la responsabilidad que recae sobre las empresas locales o nacionales en el cumplimiento de los estándares de protección de los derechos humanos. Ahora bien, la aproximación conceptual y las implicaciones prácticas son bien distintas si el ámbito de aplicación del instrumento abarque finalmente (o no) a todas las empresas, con independencia de su carácter trasnacional. En ese sentido, compartimos la opinión de Correa[37] y Guamán Hernández[38], según la cual la expansión del ámbito subjetivo desvirtúa los objetivos que se marca el instrumento.

Otra cuestión conectada con lo anterior es la conveniencia o no de definir "empresa trasnacional". Nuestra posición al respecto es contraria, ya que entendemos que la operatividad del instrumento no depende de una definición exacta y cerrada, siendo válido a dichos efectos un planteamiento más flexible como el de "empresas con actividad económica trasnacional"[39]. Obsérvese que,

---

Report on the sixth session of the open-ended intergovernmental working group on trasnational corporations and other enterprises with respect to human rights, A/HRC/46/73.

37 CORREA, C.M., "Análisis del ámbito de aplicación de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas trasnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos", Centro del Sur. Informe sobre políticas, núm. 28, septiembre de 2016, p. 5.

38 GUAMÁN HERNÁNDEZ, A. y MORENO GONZÁLEZ, G., *op. cit.*, p. 199.

39 En las Normas de 2003 se ofrecía una definición de "empresa trasnacional" flexible, como aquella "entidad económica que realiza actividades en más de un país o un grupo de entidades económicas

precisamente, el cambio operado por la Segunda Versión Modificada respecto del Borrador Revisado en el art. 3 ("Scope") ha sido en sentido contrario: donde se decía "a todas las actividades comerciales" ahora se dice "a todas las empresas", en lo que es un claro reforzamiento de las tesis más conservadoras —sobre todo de parte de la UE— y posicionadas en la lógica de mantener los Principios Rectores como principal referente "normativo".

3.3. ¿Oposición o complementariedad? Notas críticas sobre la relación del instrumento vinculante con los principios rectores

Ya hemos esgrimido en apartados anteriores las razones por las que los Principios Rectores, basados en el paradigma de la voluntariedad, nos parecen insuficientes para abordar las transformaciones de las estructuras normativas resultantes del proceso globalizador. Está por ver, no obstante, si los aludidos Principios son compatibles o no con un futuro instrumento vinculante. Durante las tres primeras sesiones, los miembros del OEIGWG que habían votado en contra de la Resolución 26/9 —con EEUU, la UE y Reino Unido como ejemplos destacados— adoptaron una postura de oposición entre los Principios Rectores y el instrumento vinculante en ciernes. La ICJ ya advertía en el año 2014 que existía una corriente de opinión escéptica respecto de la idea de un instrumento jurídicamente vinculante, cuyo principal motivo era el miedo a perder todos los avances logrados a resultas de la implementación de los Principios. Por ello, a juicio de la citada Comisión, el proceso de aprobación del instrumento vinculante debería tener en cuenta esta circunstancia y llevarse a cabo en armonía con los instrumentos no vinculantes ya en marcha[40]. Esta es, sin ir más lejos, la posición defendida por la Alta Comisionada, para quien los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos y el nuevo tratado podían y debían reforzarse y complementarse mutuamente, subrayando además que el proceso de elaboración del tratado no debía utilizarse para debilitar o detener la aplicación

que realizan actividades en dos o más países, cualquiera que sea la forma jurídica que adopte, tanto en su propio país como en el país de la actividad". También la Declaración Tripartita de Principios sobre Empresas Multinacionales y Política Social de la OIT afirma que no es necesario dar una definición jurídica precisa de las empresas multinacionales para que la Declaración pueda cumplir su finalidad. En ese sentido, se limita a decir que entre las empresas multinacionales figuran las empresas, ya sean de dominio público, mixto o privado, que son propietarias o controlan la producción, la distribución, los servicios u otras facilidades fuera del país en que tienen su sede.

40 ICJ, Needs and Options… *op. cit.,* p. 46.

de los Principios Rectores, al menos hasta que se hubiera establecido un marco normativo más firme[41].

La posición de Reino Unido en este punto ha sido, sin duda, la más beligerante. Durante el sexto período de sesiones, la delegación británica se expresó en los siguientes términos:

> [...] las disposiciones relativas a la responsabilidad legal crean cargas poco realistas para las empresas, yendo más allá de las normas de diligencia debida. El artículo 8, tal y como está redactado, viene a decir que las empresas pueden ser consideradas responsables de los abusos de derechos humanos producidos a raíz de "sus relaciones comerciales", incluso si los daños causados por otras actividades empresariales fuesen imprevistos y se observase una debida diligencia adecuada. Esta carga legal es simplemente inviable [...] Tal y como están las cosas, los emblemáticos Principios Rectores de la Naciones Unidas siguen constituyendo el más claro, global y sólido marco legal para situar el respeto de los derechos humanos por parte de las empresas en las respectivas agendas nacionales de los Gobiernos. El próximo año será el décimo aniversario de los Principios. Permanecemos inquebrantables en nuestro compromiso con su implementación, tanto a nivel nacional como internacional. Y apoyaremos al ACNUDH en su mandato para apoyar su difusión e implementación en el transcurso de la próxima década[42].

A decir verdad, la argumentación de Reino Unido es muy cuestionable. Y ello por la sencilla razón de que, al igual que los Principios Rectores, la debida diligencia sigue siendo el principal instrumento de prevención contemplado por el OEIGWG (art. 6 en la Segunda Versión Revisada). Si bien, hay algunas diferencias sustanciales, ya que la responsabilidad de los Estados sobre la vigilancia y el control de las actividades empresariales se hace más explícita, según se desprende de la literalidad del art. 6. Este precepto establece la obligación de los Estados Parte de regular de forma efectiva las actividades de todas las empresas domiciliadas en su territorio o jurisdicción y que llevan cabo actividades comerciales de carácter transnacional, al objeto de asegurar que respetan todos los

41 Report on the fifth session of the open-ended intergovernmental working group on trasnational corporations and other enterprises with respect to human rights, A/HRC/43/55, 9 de enero de 2020.

42 Annex on the sixth session of the open-ended intergovernmental working group on trasnational corporations and other enterprises with respect to human rights, A/HRC/46/73, 9 de enero de 2020, p. 19 (la traducción es de los autores).

derechos humanos reconocidos internacionalmente, así como prevenir y mitigar los abusos que pudieran producirse a lo largo de la cadena de operaciones[43].

Por otra parte, el Comité Económico y Social Europeo se ha mostrado crítico con la postura mantenida por la delegación de la UE a lo largo de las diferentes sesiones del OEIGWG. Son dos las cosas que, al hilo de un informe publicado en el año 2020[44], dice el citado Comité sobre este particular. En primer lugar, aboga por reforzar el proceso con la inclusión de sistemas de tutela reforzados, citando como posible modelo el procedimiento de reclamaciones de la OIT; la idea es que las normas vinculantes, en el decir del Comité, resultarán del todo ineficaces sin el compromiso de los Estados Parte y —esto es lo más relevante— sin mecanismos fuertes de control. Y, en segundo lugar, entiende el aludido organismo que las normas vinculantes deberían formularse de manera coherente con los sistemas de diligencia debida existentes, especialmente los Principios Rectores, para facilitar de este modo su aplicación y evitar posibles redundancias. Así, en contra de la postura expresada por la delegación de la UE, afirma que las medidas voluntarias y vinculantes no se excluyen mutuamente, sino que se complementan. En cualquier caso, entiende que sería más que adecuado aclarar cuál es la relación entre debida diligencia (prevención y supervisión a lo largo de la cadena de suministro) y responsabilidad jurídica (consecuencias jurídicas activables en caso de incumplimiento).

Al igual que la postura mantenida por el Comité Económico y Social Europeo, la Alta Comisionada u otros agentes de la sociedad civil, la mayoría de países considera acertado el alineamiento del instrumento vinculante con los instrumentos y estándares internacionales no vinculantes sobre empresas y derechos humanos, como los Principios Rectores, las Líneas Directrices de la OCDE o la Declaración Tripartita de la OIT. De hecho, se vislumbra ya en el sexto período de sesiones un principio general compartido por muchos Estados y actores presentes en el OEIGWG, según el cual ambos procesos (mecanismos vinculantes y mecanismos voluntarios) son complementarios y no excluyentes[45]. De cualquiera manera, el debate sobre la compatibilidad entre los Principios

43 El Borrador Cero regulaba la prevención en su art. 9, cuyo apartado 2.h) contenía una previsión relativa la constitución de garantías financieras para cubrir posibles indemnizaciones. Esta garantía financiera ha desaparecido en la Segunda Versión Revisada.

44 Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el "Tratado vinculante de Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos" (Dictamen de iniciativa), DOUE C 97/9, 24 de marzo de 2020.

45 Annex on the sixth session… *op. cit.*, p. 9.

Rectores —y otros mecanismos no vinculantes— y el futuro tratado está superado y carece de sentido. La aludida introducción de los mecanismos de diligencia debida en los marcos normativos vinculantes demuestra la perfecta compatibilidad entre los procesos ya comenzados que se basan en la voluntariedad de las partes con la exploración de otras vías que introduzcan mecanismos que generen obligaciones directas para las empresas. Un ejemplo evidente al respecto es la ley francesa[46] (ya citada en apartados anteriores) sobre diligencia debida, que ilustra la total compatibilidad entre la implementación de los Principios Rectores (mediante la aprobación de un Plan Nacional de Actuación) con la adopción de normas vinculantes que establezcan responsabilidades directas y claras a las empresas en lo referente al deber de respeto de los derechos humanos[47].

3.4. Responsabilidades y exigibilidad de derechos. La cuestión nuclear del acceso a la justicia

El Documento de Elementos de la Presidencia establecía en su apartado 3.2. una serie de obligaciones para las empresas trasnacionales y otras empresas, tales como evitar los impactos a los derechos humanos producto de sus actividades, proporcionar reparación en caso de incumplimiento (mediante procesos judiciales y extrajudiciales) o realizar un seguimiento y revisión del cumplimiento de las normas internacionales de protección de los derechos humanos. Por lo demás, y a pesar de un importante núcleo preventivo —apoyado en la noción de debida diligencia—, el texto proponía regular la responsabilidad jurídica, tanto individual como colectiva, de las empresas trasnacionales y otras empresas en los campos administrativo, civil y penal. Al respecto, destacaba la obligación de los Estados Parte de establecer la responsabilidad jurídica de las susodichas

46 Nos referimos a la Ley 2017-339, de 27 de marzo de 2017, relativa al deber de vigilancia de las sociedades matrices y empresas controladoras (JORF de 28 de marzo de 2017). Se trata de la primera ley tanto en establecer de forma explícita y vinculante un deber de actuación diligente en materia de derechos humanos y tutela medioambiental en cabeza de las sociedades que se sitúen al frente de grupos empresariales y redes de empresas colaboradoras, sean estos de dimensión transnacional o no, como en desarrollar su contenido, configurándolo como un "deber de vigilancia" sobre todas las organizaciones que se integran en unos u otras, cuya falta de acatamiento se encuentra sujeta además a responsabilidades jurídicamente exigibles, tanto de orden administrativo como civil. Para un resumen de esta ley, *vid.* SANGUINETI RAYMOND, W., "La ley francesa sobre el deber de vigilancia de las sociedades matrices y empresas controladoras", Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales, núm. 55-56, pp. 10-14.

47 GUAMÁN HERNÁNDEZ, A., "Diligencia debida en derechos humanos y empresas trasnacionales: de la ley francesa a un instrumento jurídicamente vinculante sobre empresas y derechos humanos", Lex Social. Revista jurídica de los Derechos Sociales, Vol. 8, núm. 2, 2018, p. 245.

empresas en su territorio o jurisdicción por violaciones o abusos de derechos humanos, resultantes de las actividades comprendidas a lo largo de sus operaciones, es decir, a lo largo de la cadena de valor. Ello, lógicamente, acompañado del acceso a la justicia, con los correspondientes procedimientos e instituciones de tutela en orden a asegurar la reparación efectiva de las víctimas (tanto de los daños materiales como morales), así como garantías de no repetición[48].

No cabe duda de que la definición de una responsabilidad jurídica o legal de las empresas por abusos de derechos humanos es uno de los temas más controvertidos, como ya ha podido comprobarse al hilo de las declaraciones emitidas por la delegación británica en la sexta sesión del OEIGWG. Ciertamente, el establecimiento de consecuencias jurídicas, por lo demás un principio esencial de toda norma jurídica coactiva o vinculante, supone ir un paso más allá del enfoque meramente preventivo y basado en la voluntariedad que emana de los Principios Rectores y el paradigma del *soft law*. En tal sentido, el art. 10 del Borrador Cero establecía un mandato dirigido a los Estados Parte, a quienes conminaba a garantizar a través de su derecho interno la responsabilidad penal, civil y administrativa de las personas físicas y jurídicas por las violaciones de los derechos humanos cometidas en el contexto de actividades empresariales de carácter transnacional. A fin de aplicar esa responsabilidad, se preveían medidas "efectivas, proporcionadas y disuasorias, incluidas sanciones de carácter monetario". Ahora bien, la formulación de tal principio general necesita de concreción; en el caso de las empresas trasnacionales, más aún, exige determinar el grado de responsabilidad de la empresa matriz por violaciones de derechos humanos cometidas por sus filiales o proveedores[49]. Es decir, hasta qué punto es legítimo y oportuno en términos jurídicos extender la responsabilidad a lo largo de la cadena de valor. Ya hemos constatado que el Documento de Elementos de la

48 Debe hacerse notar que el derecho de las víctimas a medidas de reparación adecuadas no es nuevo en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; constituye el tercer pilar de los Principios Rectores de las Naciones Unidas y ya había sido reconocido anteriormente por la Resolución 60/147 de la Asamblea General, de 16 de diciembre de 2005, relativa a los Principios y directrices básicos sobre sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones.

49 LÓPEZ, C., "Hacia una Convención Internacional sobre Empresas y Derechos Humanos", Investment Treaty News. Boletín trimestral publicado por el Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible, octubre de 2018. Disponible en: https://www.iisd.org/itn/es/2018/10/17/toward-an-international-convention-on-business-and-human-rights-carlos-lopez (última consulta 29/06/2021).

Presidencia abogaba por la inclusión de la responsabilidad jurídica "a lo largo de la cadena de operaciones".

Pues bien, el Borrador Cero intentó abordar este complejo asunto estableciendo tres criterios que, de darse, harían extensible la responsabilidad (civil) a la empresa matriz, a saber: i) el control ejercido sobre las operaciones; ii) la relación "suficientemente estrecha" con la filial o entidad en su cadena de suministro y existencia de una conexión sólida y directa entre su conducta y el agravio sufrido por la víctima; iii) la previsión de riesgos de violaciones de los derechos humanos en su cadena de actividad económica. Si bien estas especificaciones permiten avanzar hacia un mayor control sobre la actuación de las empresas, no es menos evidente la dificultad presente a la hora de establecer vínculos directos entre matrices y sus empresas filiales y, aún más, entre estas y sus proveedores. En esta línea, valdría la pena contemplar —como propuesta de política jurídica— la posibilidad de introducir mecanismos de rendición de cuentas en los que se enumeren y expliquen las relaciones comerciales e institucionales de las empresas, esto es, una suerte de inventario de "relaciones económico-comerciales", al objeto de garantizar la transparencia de sus acciones[50]. En cualquier caso, el principal punto débil del Borrador Cero radicaba en dejar en manos de los Estados el poder para determinar las sanciones "adecuadas", aspecto que con toda probabilidad daría lugar a divergencias notables entre las distintas jurisdicciones.

La presencia de fuertes intereses contrapuestos en torno a esta cuestión es la que permite explicar que el precepto sobre responsabilidad jurídica sea uno de los que, a primera vista, más cambios haya sufrido en la versión del Borrador Revisado (art. 6) y la Segunda Versión Revisada (art. 8). En el Borrador Revisado, aunque sigue manteniéndose el enfoque flexible y las orientaciones específicas presentes en el anterior documento, se elimina la referencia a la jurisdicción universal y se amplía el ámbito de aplicación propuesto para el tratado, adoptando un enfoque híbrido (*hybrid approach*)[51] que distingue entre violación y abuso de derechos humanos. A este respecto, en línea con la opinión expresada por algunas delegaciones presentes en el OEIGWG (como la mexicana), consideramos que

50 *Vid.* ALAMEDA, S., "Tratado vinculante sobre empresas y derechos humanos. ¿El fin de la impunidad?", Réseau International des Droits Humaines, febrero de 2019. Disponible en: https://ridh.org/news/tratado-vinculante-sobre-empresas-y-derechos-humanos-el-fin-de-la-impunidad/ (última consulta 29/06/2021).

51 PIGRAU SOLÉ, A. y IGLESIAS MÁRQUEZ, D., "La versión revisada del Borrador del Tratado sobre Empresas y Derechos Humanos: hacia la siguiente ronda de negociaciones", Policy Paper, núm. 19, octubre de 2019.

la introducción formal del concepto de abuso permite distinguir claramente entre las empresas —entes privados cuya actividad es real o potencialmente dañina para los derechos humanos— y Estados —sujetos obligados por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos—. En todo caso, la distinción conceptual debe servir para clarificar y diferenciar las responsabilidades de unos y otros sujetos en sus respectivas esferas de acción, más específicamente, la responsabilidad civil, administrativa o penal de las empresas (abuso de derechos humanos), y la responsabilidad internacional de los Estados (violación de derechos humanos). Por ello, entendemos que la definición formulada en la Segunda Versión Revisada (art. 1.2) es más apropiada al no mezclar ambos conceptos en un mismo párrafo. Con todo, el enfoque adoptado sobre la responsabilidad de las empresas transnacionales sigue instalado en un marco teórico limitado, siendo deseable que contuviese disposiciones más claras sobre las obligaciones extraterritoriales, en particular, en lo tocante a las responsabilidades dentro de la cadena de valor. La responsabilidad jurídica de las empresas, especialmente las matrices, debe ser clara y de aplicación directa (arts. 6 y 8). La reversión de la carga de la prueba debe ser incluida directamente en el texto del instrumento y no depender de las leyes internas de cada país (art 7.6)[52].

Por su parte, la regulación detallada de los mecanismos de control se ha trasladado a un Proyecto de protocolo opcional[53] en el que, entre otras cosas, se prevé un Mecanismo Nacional de Implementación. Tal Mecanismo tendría competencias para solicitar y recibir toda la información necesaria de los Estados Parte sobre los motivos de la denuncia; solicitar y recibir información adicional de los Estados Parte, organizaciones intergubernamentales y ONGs, u otras fuentes que considere oportunas, así como recibir testimonio escrito u oral de las víctimas, las empresas afectadas, peritos, testigos, asociaciones de víctimas y otros; realizar visitas o inspecciones al lugar donde se haya producido o tenga lugar la infracción; o transmitir al Estado Parte interesado, para su consideración con carácter urgente, solicitudes dirigidas a las autoridades correspondientes para la adopción de medidas provisionales, en la medida en que ello sea nece-

52 Comunicado de la Red-DESc: "Segundo Borrador Revisado del Instrumento Jurídicamente Vinculante. Debe ponerse fin a la impunidad corporativa", agosto de 2020. Disponible en: https://www.escr-net.org/es/noticias/2020/comunicado-segundo-borrador-revisado-del-instrumento-juridicamente-debe-ponerse-fin (última consulta 05/07/2021).

53 Zero draft optional protocol to the zero draft legally binding instrument. Disponible en: https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/WGTransCorp/Pages/IGWGOnTNC.aspx (última consulta 29/06/2021).

sario para evitar daños irreparables a las víctimas de las presuntas violaciones de derechos humanos.

Si bien lo anterior representa un avance en comparación con las normas existentes, sería deseable que tales mecanismos, antes que nada, formasen parte del instrumento vinculante (no de un protocolo opcional) y, además, que se arbitrasen fórmulas para garantizar la independencia y neutralidad de los organismos encargados del control y la vigilancia de las actividades empresariales. Es este un requisito fundamental, si tenemos en cuenta el gran poder de influencia de las empresas sobre algunos Estados o sobre los responsables de dirigir las políticas públicas. El caso es que dejar exclusivamente en manos de los Estados la responsabilidad de controlar la actividad empresarial podría tener un efecto contraproducente, a saber, servir de incentivo para que las empresas modifiquen su actuación en lo sustancial, puesto que no habría ninguna obligación jurídica adicional. Por otra parte, son los Estados los que a menudo propician (por acción u omisión) escenarios idóneos para la comisión de abusos de derechos humanos y la impunidad corporativa[54].

Por último, y aunque por exigencias de brevedad nos dejamos muchos contenidos sin abordar pormenorizadamente (*v. gr.* el conjunto de derechos de las víctimas, la cooperación entre Estados o los problemas de ley aplicable), es importante cerrar con una mención a la opción de una Corte Internacional de Derechos Humanos y Empresas Trasnacionales. Tal vez sea esta la posibilidad jurídica más inviable de entre todas las propuestas dentro de la eventual aprobación del instrumento vinculante. No vamos a estudiar aquí su problemática, habida cuenta de la enorme complejidad que entraña. Sin embargo, sí nos gustaría cerrar con una reflexión referente a la importancia de "internacionalizar" la tutela judicial efectiva en materia de protección de los derechos humanos. Y es que, a pesar de haber orillado la cuestión relativa a la primacía de los acuerdos de comercio e inversión respecto del instrumento vinculante, no debe olvidarse que la *lex mercatoria* está imponiéndose en la esfera internacional gracias a la consolidación de mecanismos de resolución de controversias inversor-Estado

54 Conviene subrayar que los Estados tienen ya un deber de proteger los derechos humanos, de conformidad con la Observación General núm. 24 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En concreto, deben adoptar medidas legislativas, administrativas y cualesquiera otras apropiadas para prevenir de manera eficaz toda conculcación de los derechos humanos en el trabajo en el contexto de las actividades empresariales y asegurar a los trabajadores un acceso efectivo a la justicia y reparaciones adecuadas.

(ISDS) y otros sistemas arbitrales que, en el fondo, representan un serio desgaste del Estado de Derecho y el control jurisdicción en un sentido amplio. Así, y aunque la implementación de una Corte Internacional de Derechos Humanos y Empresas Trasnacionales pueda parecer todavía un horizonte utópico, es necesario dar los pasos para su futura conformación, quizá comenzando por Centros o Agencias de monitoreo, con representación de organizaciones y entidades de la sociedad civil. Sin duda, ello redundará en una mejora significativa de la protección de los derechos humanos en el mundo.

4. CONCLUSIONES

De la exposición realizada, pueden extraerse como mínimo tres conclusiones principales. En primer lugar, y situándonos en un plano más conceptual, el proceso descrito evidencia el peligro de lo que Locke llamaba "promesa del poder privado"[55], es decir, la consolidación de un escenario de juego en el que la empresa trasnacional deviene organizadora de toda la producción de las reglas que le afectan. Así, la empresa trasnacional supera los marcos normativos estatales, que ya no sirven de referencia (si acaso una referencia fragmentada) de las condiciones de trabajo y empleo de sus trabajadores en los diferentes lugares en los que esté implantada. La globalización, en efecto, ha ido construyendo un "concepto de frontera desarraigada de las circunscripciones nacionales" mediante la generación de sistemas regulativos autónomos a través de autoridades privadas o autorreferenciales que tienen sus propias funciones de frontera, sin que su demarcación coincida con la delimitación operada por los sistemas nacionales[56]. La *lex mercatoria*, en cuanto correlato de ese poder salvaje y "autónomo", va de la mano de un capital desterritorializado al que urge encauzar mediante fronteras jurídicas de carácter público. En tal sentido, el instrumento vinculante no es una oportunidad, sino una imperante necesidad.

En segundo lugar, desde una perspectiva técnico-jurídica, compartimos la opinión crítica expresada por la *Campaña Global* acerca de la Segunda Versión Revisada[57]. Por una parte, y de forma coherente con lo expresado en las páginas

55 LOCKE, R.M., The promise and the limits of private power. Promoting labor standards in a global economy, Cambridge University Press, Cambridge, 2013.

56 SASSEN, S., *Una sociología de la globalización*, Buenos Aires, Katz, 2007, p. 280.

57 Declaración de la Campaña Global sobre el Segundo Borrador revisado del Tratado Vinculante, agosto de 2020. Disponible en: https://www.stopcorporateimpunity.org/wp-content/uploads/2020/08/Statement_GC_2nd-draft-TNCs_CAST.pdf (última consulta 29/06/2021).

precedentes, valoramos muy negativamente la ampliación del ámbito subjetivo de aplicación, porque diluye el espíritu y objetivos de la Resolución 26/9. Esta se dirige a las empresas trasnacionales y deja meridianamente claro que la expresión "otras empresas" hace referencia, también, a aquellas otras cuya actividad tiene "carácter trasnacional". Entendemos que la posición de las delegaciones de la UE o Reino Unido en las sesiones del OEIGWG es injustificada y no responde a los intereses y objetivos del proceso abierto con la citada Resolución. Ello se ve reforzado por la disputa ficticia entre los Principios Rectores y el instrumento vinculante. Consideramos que no hay razones para obstaculizar la aprobación del tratado vinculante y que, en todo caso, las lógicas entre las dos tipologías son de complementariedad, nunca de oposición. Por otra parte, es criticable la falta de ambición de la Segunda Versión Revisada, expresada en notables ausencias. Hablamos, entre otras cosas, del reconocimiento de obligaciones directas para las empresas, la responsabilidad solidaria a lo largo de la cadena de valor (además de debilitar al texto anterior en cuanto a la responsabilidad de las empresas matriz), o la previsión de mecanismos jurídicos internacionales eficaces de aplicación del Tratado y de sanción en caso de no cumplimiento, como la propuesta de una Corte Internacional de Derechos Humanos. Asimismo, y aunque es una cuestión comentada tangencialmente en este trabajo, entendemos que va de suyo la primacía de las normas internacionales de derechos humanos sobre cualquier otro instrumento jurídico, incluidos los acuerdos de comercio e inversión. Cualquier otra opción significaría, *de facto*, mantener el actual estado de cosas. Resumiendo, no se abordan los problemas que derivan de la arquitectura institucional sobre la que se apoyan las empresas transnacionales. El carácter genérico de los principios y su "aire de familia" respecto de los Principios Rectores parecen reforzar las tesis más conservadoras, vaciando la razón de ser del tratado —su vocación trasnacional— y regresando una vez más a la voluntad política de los Estados.

En tercer y último lugar, con un enfoque propositivo, cabe reflexionar sobre la futura aprobación del instrumento —con el contenido concreto que finalmente se acuerde— y las dinámicas que pueden impulsarse para reforzar la protección de los derechos humanos en el trabajo. El foro de discusión se ha situado en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, pero sería interesante explorar, junto a ella, la posible incorporación de la acción normativa de la OIT; el Derecho Internacional del Trabajo no puede estar ausente de este proceso. La consagración de la responsabilidad social de la empresa resulta poco adecuada para afrontar los retos de la globalización salvaje a la que

asistimos y sus efectos sobre la reconfiguración del trabajo a escala mundial. No resulta aventurado afirmar que, actualmente, los derechos laborales en el contexto trasnacional habitan un espacio jurídico gris u opaco. ¿Cuál es la ley aplicable? ¿Cuáles son las obligaciones concretas para Estados y empresas trasnacionales? ¿Qué mecanismos existen para prevenir y reparar el daño? Resulta imperante articular técnicas jurídicas universales desde el saber acumulado que ofrece el Derecho Internacional de Trabajo. Su generalización permitiría ofrecer la seguridad de una mejor protección de los derechos laborales en las empresas trasnacionales, aprovechando el entorno creado por el efecto "desestabilizador" de la globalización, es decir, acometiendo por fin la incorporación sistemática y completa del constitucionalismo social al plano del Derecho Internacional. Lógicamente, ello requiere una ingente tarea de coordinación y armonización jurídica, al tiempo que se fraguan los consensos políticos —aún lejanos— necesarios para ello. Debe aclararse que el trabajo, como realidad social, económica, política y jurídica, no es ya asunto que los países puedan regular aisladamente, sino un fenómeno mundializado. Sin una mirada universal, su regulación es poco menos que un *desiderátum*, siendo de todo punto inasumible dejar a las empresas (y su compromiso social) la reglamentación del mismo. No debe olvidarse que el objeto social de las empresas es obtener beneficios, no contribuir al bien común de los pueblos[58].

58 SERVAIS, J.M., "La regulación social transnacional de las Empresas Multinacionales", Lex Social. Revista jurídica de los Derechos Sociales, Vol. 10, núm. 2, 2020, p. 92.

NUEVOS RETOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL

NEW CHALLENGES OF SOCIAL SECURITY

LAS ORIENTACIONES EUROPEAS EN MATERIA DE SISTEMA DE PENSIONES

MATTHIEU CHABANNES

Graduado primero en Historia en 2014 por la Universidad Autónoma de Madrid y a continuación en Relaciones Laborales y Recursos Humanos en 2018 por la Universidad Complutense de Madrid, el autor ha seguido sus estudios con la obtención de un Titulo de Experto en la Seguridad Social y un Máster de Derecho Internacional. Actualmente es contratado predoctoral (FPU) por el Ministerio de Universidades de España y se encuentra realizando su tesis doctoral sobre pensiones bajo la dirección del Catedrático José Luis Tortuero Plaza y la profesora Francisca Moreno Romero en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid.

ABSTRACT: Given the demographic circumstances and the problems for the maintenance of social protection systems and specifically, in the provision of retirement in recent years, there is a global community response in order to modernize social protection systems, so that they respond to a situation according to current circumstances. The European Institutions (the European Council, the European Commission) play an important role in this regard and have always been committed to the issue of active aging and to adequate and sustainable social protection systems. The objective of this work is to identify and analyze the basic recommendations made by the EU regarding these matters.

KEYWORDS: European Union, Social Security, pension system, active ageing.

1. EL INTERÉS DE LA UNIÓN EUROPEA POR LOS SISTEMAS DE PENSIONES

Cuando se desarrollaron los sistemas de protección social a mediados del siglo XX, éstos se asentaban sobre realidades y necesidades socioeconómicas distintas. Los países europeos vivieron años de prosperidad socioeconómica gracias a un crecimiento económico continuo, un mercado laboral con pleno empleo y unas relaciones familiares más estables[1]. Este contexto favorable propició el desarrollo de los modelos de protección social que entraron en fase de madurez en los años 1960 y 1970. No obstante, las realidades sobre las que se crearon y asentaron los sistemas se desvanecieron en el aire. Las coyunturas socioeconómicas cambiaron y a esta época dorada expansiva le sucedería años más grises[2].

1 GONZALO GONZÁLEZ, B.: "Nuevas formas y contenidos nuevos de la coordinación europea de las pensiones de seguridad social", en LÓPEZ CUMBRE, L. (Coord.), *Tratado de jubilación. Homenaje al Profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*, Iustel, 2007, pág. 648.

2 ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J.L.: *Instituciones de Seguridad Social*, Civitas, Decimoctava Edición revisada, Madrid, 2002 :"Desde mediados de la década 1971-1980 este problema se plantea con intensidad creciendo, siendo sus principales ingredientes específicos la reducción del empleo, que al tiempo aumenta los gastos y disminuye los recursos disponibles, y el "envejecimiento" de la población, que aumenta el coste de las pensiones, elimina la posibilidad de expansión y colocar los sistemas de seguridad social ante agudos problemas de financiación, que se agravan cuando incongruentemente se pide que ésta disminuya si se quiere "combatir eficazmente el desempleo. (…) No es posible sostener un sistema de seguridad social con desocupación creciente y ésta es precisamente la situación actual al detenerse el crecimiento económico "sin precedentes" que caracterizó el período 1951-1973, que apoyó a su vez el desarrollo correlativo sin precedentes de la seguridad social; los treinta años gloriosos de las décadas 1950,60,70, la "era dorada", los "años de oro", que generaron "la edad de oro de las pensiones", estos años pasaron y a ellos siguió una crisis que es "más…que una borrasca pasajera." págs. 34-35.

La tendencia al crecimiento económico se interrumpió y las tasas de desempleo, así como las formas de exclusión y pobreza se incrementaron. Antes de la llegada del envejecimiento demográfico, los sistemas se enfrentaron a graves problemas financieros debido a las consecuencias de la crisis petrolera que comenzó a mediados de los años 1970 y que redujo los recursos e incrementó los déficits.

Desde la década de 1980, especialmente la de 1990, las instituciones comunitarias han venido realizando una gran cantidad de estudios e informes en los que daban cuenta de los profundos cambios que asechaban el viejo continente como la evolución de la demografía, los cambios en el mercado de trabajo y las modificaciones de las estructuras familiares. Una pluralidad de fenómenos que se convertirían en elementos recurrentes en toda la documentación comunitaria. En efecto, la detección de estos desafíos despertó el interés y propició la intervención de las autoridades de las Comunidades Europeas debido a sus posibles implicaciones para el financiamiento de los sistemas de protección social de los Estados miembros puesto que ocasionaban un aumento de los gastos públicos en general lo que a su vez repercutía sobre el posible crecimiento económico de los países. En este sentido, la Comisión y el Consejo comenzaron a evaluar el impacto financiero de estas transformaciones socioeconómicas y a reflexionar sobre cómo ayudar a los países a fortalecer la viabilidad futura de los sistemas de protección social frente a los desafíos de las próximas décadas.

Además, en paralelo tenemos que traer a colación el marco fiscal europeo que se estaba diseñando con la definición de criterios de convergencia presupuestaria o "criterios de Maastricht" y la puesta en marcha de un Mercado económico único. Estos criterios vinculantes se incluyeron en el Tratado de Maastricht de 1992 y condujeron años más tarde a la firma de un Pacto de Estabilidad y Crecimiento, adoptado en el Consejo Europeo de Ámsterdam de 1997. Una vez asentadas las bases para poner en marcha un mercado con una moneda única, el objetivo era conseguir una mayor convergencia de las economías nacionales europeas[3]. No era deseable que un país permitiera que la inflación, la deuda pública o el déficit se disparara y pusiera en riesgo la capacidad de endeudamiento de los países vecinos y la estabilidad de la moneda en los mercados. Para lograr un cierto equilibrio dentro de la Unión Económica y Monetaria (UEM), se

3 NATALI, D.: "La reforma de las pensiones en la Unión Europea: cambios en las políticas nacionales y coordinación de la Unión Europea" en FRADES. J. (Coord.): *El sistema público de pensiones de jubilación. Desafíos y respuestas*, Fundación Francisco largo Caballero, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2011, pág. 494.

han establecido umbrales regulatorios de inflación, tipos de cambio, tipos de interés y finanzas públicas. En este sentido, los países miembros a la Comunidad Europea que quieran participar en la zona euro deben respetar los criterios de convergencia económica definidos en el entonces artículo 121 del Tratado de la Comunidad Europea (actual artículo 140 TFUE). Éste prevé tipos de cambio fijos, la reducción de la tasa de inflación y el mantenimiento de finanzas públicas sanas por lo que, por una parte, el déficit presupuestario no puede representar una cantidad mayor que el 3% del PIB y, por otro lado, la deuda pública no puede superar el 60% del PIB.

Desde esta perspectiva, los sistemas de protección social en general y los sistemas públicos de pensiones en particular empezaron a ser percibidos como un asunto clave que afectaba a las finanzas públicas y, por ende, la capacidad de los Estados miembros de poder cumplir con los criterios económicos. Esta idea es la que legitimaría a las instituciones a pronunciarse sobre los sistemas de protección social y de pensiones. Al principio de los años 90 el contexto económico cambia con el proceso de integración económico europeo. La realización del mercado único, la preparación de la implantación de una moneda única, el Pacto de Estabilidad, son tantos elementos que llevan a los Estados miembros a tener que controlar la evolución de sus gastos sociales. Además, los años de crisis que marcan los primeros años de los 90 refuerzan la necesidad de controlar los gastos sociales en la medida en que, por un lado, se incrementan los costes ligados al desempleo y por otro, disminuyen los ingresos, lo que produce un mayor desequilibrio para las arcas de las finanzas públicas. Los criterios contra la inflación y los limites establecidos para controlar los déficits públicos impiden un incremento desmesurado de los gastos sociales para salir de la crisis. En este sentido, desde los criterios económicos, los gastos sociales entran a formar parte de los déficits públicos y la presión sobre los sistemas de protección social va creciendo. Las políticas sociales aparecen ahora como costes que deben ser controlados. En una Europa que se construye en base a una Unión Económica y Monetaria los aspectos sociales aparecen de nuevo subordinados a las obligaciones de la competitividad económica.

Con estos condicionantes, y ante la imposibilidad de armonizar los sistemas, las autoridades comunitarias empezaron a alertar de la necesidad de emprender reformas con el fin modernizar la protección social. En particular van a centrar sus esfuerzos sobre el sistema de protección social en general y las pensiones

de jubilación en particular por el peso que representa sobre la totalidad de los gastos dedicados a la esfera social.

En base al actual artículo 153 TFUE cuyas disposiciones le asignan como función la de promover una colaboración estrecha entre los Estados miembros, especialmente en materia de protección social y de seguridad social, el Consejo empezó a impulsar la coordinación de las políticas de protección social de los Estados miembros, así como una estrategia de convergencia de los objetivos y de las políticas sociales[4]. El objetivo pretendido era adaptar, modernizar y ajustar los sistemas de protección social a las nuevas realidades y necesidades del futuro.

En este sentido, como punto de partida podemos resaltar dos Recomendaciones significativas del Consejo. La primera es la Recomendación del 24 de junio de 1992 "sobre los criterios comunes relativos a recursos y prestaciones suficientes en los sistemas de protección social"[5] en la que, en el marco de la lucha contra la exclusión social, se establece los principios generales que deben servir de guía a los Estados miembros en el reconocimiento a toda persona que reside legalmente en su territorio, el derecho a recursos y prestaciones suficientes para vivir de conformidad a la dignidad que toda persona se merece.

La segunda Recomendación del Consejo reseñable es la del 27 de julio de 1992 "relativa a la convergencia de los objetivos y de las políticas de protección social"[6]. Parte de la base de que los Estados miembros se enfrentan a retos similares que pueden desembocar en los mismos problemas, aunque con distinta intensidad: el envejecimiento de la población, las transformaciones de las estructuras familiares, la evolución de las situaciones y formas de pobreza y la persistencia de un nivel elevado de desempleo. Por ello, al adoptar esta recomendación el Consejo define claramente la política comunitaria en el

4 GARCÍA DE CORTÁZAR y NEBRADA, C.; ZUFIAUR NARVAIZA, J.M.: "La dimensión exterior de la coordinación en materia de seguridad social de la Unión Europea", *Relaciones Laborales. Revista Crítica de Teoría y Práctica*, Año 30, nº1, 2014: "No obstante, a partir de los años 90 se produce una creciente interferencia desde el ámbito comunitario en los modelos de seguridad social nacionales pese a que dicho tema no fuera de su competencia. Primero mediante Recomendaciones y Comunicaciones, no vinculantes, en las que se abordaba la protección social en general y la elaboración de criterios comunes relativos y los recursos y las prestaciones. En tales documentos se dejaba claro que se trataba de procesos de convergencia y no de armonización, pero de una convergencia eso si, no referida a medidas comunes sino a objetivos compartidos". pág. 142.

5 Recomendación del Consejo de 24 de junio de 1992 sobre los criterios comunes relativos a recursos y prestaciones suficientes en los sistemas de protección social. (92/441/CEE).

6 Recomendación del Consejo de 27 de julio de 1992 "relativa a la convergencia de los objetivos y de las políticas de protección social" (92/442/CE).

campo de la protección social: promover un proceso de reflexión conjunto con la implementación de una estrategia de convergencia de objetivos comunes. El fin perseguido era guiar las políticas de protección social de los países para que adaptasen adecuadamente sus sistemas a la evolución de las necesidades y realidades de protección. Resaltando que la responsabilidad de la organización y de la financiación de los sistemas de protección social incumben a los Estados miembros, se trataba fundamentalmente de permitir la coexistencia de un mosaico de modelos, pero orientarles en armonía hacía los objetivos marcados[7]. En el apartado específico dedicado a la vejez y de conformidad con la Recomendación anterior, el Consejo encomienda a los Estados miembros de garantizar ingresos mínimos a las personas mayores; luchar contra su exclusión social; facilitar el mantenimiento de la actividad para las personas que alcanzan la edad mínima para la jubilación, así como de asegurar una prestación de jubilación con una tasa de sustitución razonable con respecto a las rentas de trabajo previas.

Estas dos Recomendaciones del Consejo constituyen probablemente "la fase prehistórica" del proceso de coordinación de las políticas de protección social. En ambos textos, los Estados miembros manifiestan su acuerdo en la necesidad de mantener, adaptar y desarrollar sus sistemas de protección social a través del establecimiento de objetivos comunes, pero con plena libertad para llevarlos a cabo[8]. Además, en la primera Recomendación, el Consejo pedía a la Comisión de "fomentar y organizar, en coordinación con los Estados miembros, el intercambio sistemático de información y experiencias y la evaluación continua de las disposiciones" adoptadas por los Estados miembros. En cuanto a la segunda Recomendación, el Consejo solicitaba a la Comisión presentar periódicamente "un informe en el que se evalúen los progresos realizados en relación con los objetivos definidos" así como "organizar un intercambio regular con los Estados miembros sobre el desarrollo de su política en el ámbito de la

7 MORENO ROMERO, F.: *Trabajadores de mayor edad en la política institucional de la Unión Europea. Equilibrio entre políticas de empleo, pensiones y sistema productivo*, Editorial Comares, Granada, 2016, pág. 42. Al respecto PÉREZ MENAYO, V.: "La modernización de la protección social en la Unión Europea ante los retos del siglo XXI", *Información Comercial Española, ICE: Revista de Economía*, nº784, 2000, págs. 147-170, afirma: "Tales objetivos serían los principios rectores de la evolución de los regímenes sociales, subrayando a la vez, que los Estados miembros seguían siendo libres de determinar la financiación y la organización de estos últimos. En dicha Recomendación se señalaba la protección social como parte integrante del modelo social europeo y del acervo comunitario político." pág. 150.

8 CAIRÓS BARRETO, D. Mª.: "Las orientaciones europeas en materia de pensiones: adecuación, sostenibilidad y seguridad", *Documentación Laboral*, nº103, 2015, vol. 1., pág. 214.

protección social". Las bases para la convergencia de los sistemas de protección social estaban encarriladas.

No obstante, no fue hasta 1995 cuando la Comisión lanzó abiertamente, a través de una Comunicación, un amplio debate comunitario sobre "el futuro de la protección social"[9]. En ella, la Comisión proponía un abanico de temas relacionados con el mercado de trabajo, la demográfica y la movilidad profesional. Se abría así un espacio de reflexión entre todos los actores sobre el impacto de estos fenómenos sobre el futuro de la protección social. Se instaba asimismo a adoptar medidas para adaptar y mejorar el funcionamiento de los sistemas de protección social.

En 1997, la Comisión presentó la Comunicación "Modernización y mejora de la protección social en la Unión Europea"[10]. Se reconoce que la protección social no constituye una carga económica, sino que constituye un factor productivo favorable a la estabilidad económica y política[11]. Además, desempeña un papel fundamental en la redistribución de la renta, en la cohesión social y en el desarrollo económico. Sin embargo, las coyunturas socioeconómicas sobre las que se erigieron los sistemas de protección social han cambiado. El mercado de trabajo cambiante; el envejecimiento de la población; la evolución de la participación de hombres y mujeres en el mercado laboral; la necesidad de reformar la coordinación de los regímenes nacionales de seguridad social, constituyen tantos desafíos que exigen un proceso "urgente" de modernización de los sistemas. De nuevo se insiste en la necesidad de que éstos se adapten a las coyunturas y realidades de finales del siglo XX para seguir respondiendo adecuadamente a los objetivos para los cuales fueron creados. Precisa que, en el proceso reformista, modernizar no significa tener que disminuir el nivel de protección sino administrar mejor los recursos disponibles. Sin embargo, se alerta de que, sin reformas, los Estados miembros incurrirían en un incremento desmesurado del déficit y de la deuda lo que haría tambalear el modelo social europeo. La solución recomendada es "hacer que la protección social sea más favorable al empleo" y para ello propone, entre otras, aumentar los beneficios

9 Comunicación de la Comisión: "El futuro de la protección social: un marco para un debate europeo", COM (95), 466 final.

10 Comunicación de la Comisión: "Modernización y mejora de la protección social en la Unión Europea" COM (97), 102 final.

11 PÉREZ MENAYO, V.: "La modernización de la protección social en la Unión Europea ante los retos del siglo XXI", *Op. Cit.* pág. 151.

cuando una persona se reincorpora en el mercado laboral, transformar la indemnización por desempleo en apoyo activo a la formación, reducir los costes laborales, aumentar los incentivos para posponer la edad de jubilación. Es necesario asegurar la viabilidad de los sistemas públicos de pensiones, regular los sistemas complementarios.

Sobre la base de los tres documentos anteriores, la Comisión presentó en 1999 una nueva "Estrategia concertada para modernizar la protección social"[12] en la que propone reforzar a nivel europeo la cooperación entre los Estados miembros en el campo de la protección social. Reconoce que cada Estado es responsable de su sistema de protección social. Sin embargo, la interdependencia entre las economías europeas hace que la modernización del sistema de protección social sea un asunto de interés común. Para ello definió objetivos y para su consecución solicitaba estrechar entre los diferentes actores el intercambio de experiencias y la evaluación de las políticas con el fin de identificar las mejores prácticas entre los Estados miembros. Los cuatro grandes objetivos que debían guiar el proceso de reforma de los sistemas eran: hacer que el trabajo sea más rentable y garantizar ingresos seguros; promover la integración social; garantizar una atención sanitaria viable y de alta calidad y garantizar pensiones seguras y sistemas de pensiones viables. En lo que concierne el tema de las pensiones, el objetivo fundamental consiste en garantizar su financiamiento. Para ello, proponía a los quince Estados fijarse dos objetivos principales. Por un lado, anticipar las consecuencias del envejecimiento demográfico sobre los sistemas de protección social. Por otro lado, reformar los sistemas de pensiones desincentivando las salidas anticipadas del mercado de trabajo promoviendo la flexibilidad de los regímenes de jubilación y favoreciendo la participación activa de las personas de edad en la sociedad. Esta Comunicación constituye probablemente el punto de partida para la actuación y la cooperación de la Comisión en materia de pensiones[13]. Con ello quedaban definidos los carriles que guiarían la intervención de la Unión Europea en materia de pensiones durante los siguientes años. Bien es cierto que no era la primera vez que las instituciones europeas mostraban su

12 Comunicación de la Comisión: "Una estrategia concertada para modernizar la protección la protección social", COM (1999), 347 final.

13 ORTÍZ GONZÁLEZ-CONDE, F. M.: "Balance de las reformas en materia de jubilación durante las dos legislaturas de la crisis económica (2008-2015) al hilo de las recomendaciones europeas", *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, nº6, 2016, pág. 142.; CAIRÓS BARRETO, D. Mª.: "Las orientaciones europeas en materia de pensiones: adecuación, sostenibilidad y seguridad", *Op. Cit.,* pág. 215.

inquietud por el tema de la jubilación puesto que ya años atrás se habían pronunciado sobre la materia desde el prisma de la flexibilidad de la edad de retiro[14]. No obstante, esta vez era diferente debido a las coyunturas socioeconómicas y los retos que marcaban los albores del siglo XX.

2. EL MÉTODO ABIERTO DE COORDINACIÓN Y LAS PENSIONES

2.1 La Estrategia de Lisboa y el Método Abierto de Coordinación.

El año 2000 marcó un punto de inflexión en la política social de la Unión Europea. En vista de las transformaciones provocadas por la globalización y las oportunidades para

el desarrollo resultante de las nuevas tecnologías[15], en la Cumbre de marzo de 2000 celebrada en Lisboa, el Consejo europeo identificó las debilidades de la economía europea: un sector de servicios subdesarrollado, un paro estructural de larga duración, una tasa de empleo insuficiente, así como una participación insuficiente de las mujeres y de los trabajadores de edad en el mercado de trabajo[16]. En base a esta constatación, los dirigentes europeos acordaron un nuevo objetivo estratégico para la siguiente década: el de convertir la Unión Europea en una "economía basada en el conocimiento más competitiva y dinámica del mundo, capaz de crecer económicamente de manera sostenible con más y mejores

14 Primero con la Recomendación del Consejo de 20 de diciembre de 1982 "relativa a los principios de una política comunitaria sobre la edad de jubilación" y a continuación en 1986 con la Comunicación de la Comisión sobre "Informe de la Comisión al Consejo sobre la aplicación de la Recomendación del Consejo de 20 de diciembre de 1982 relativa a los principios de una política comunitaria sobre la edad de jubilación" COM (86) 365 final. Sobre esta cuestión ver: LÓPEZ CUMBRE, L.: "El marco comunitario y la legislación española sobre jubilación flexible", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº37, 2002, págs. 15-36; GARCÍA VALVERDE, M. D. y MALDONADO MOLINA, J. A.: "La protección de la tercera edad. Su tratamiento en la Constitución Europea", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Social*, nº57, 2005, págs. 455-470; OJEDA ÁVILES, A.: "La dimensión comunitaria de la jubilación", en LÓPEZ CUMBRE, L. (Coord.), *Tratado de jubilación… Op. Cit.* págs. 615-643 y MORENO ROMERO, F.: *Trabajadores de mayor edad en la política institucional de la Unión Europea.,,*, *Op. Cit*, págs. 25-38.

15 CERCAS, A.: "Una visión europea sobre el problema del envejecimiento de la población y el futuro de las pensiones", en OBSERVATORIO VASCO SOBRE ACOSO Y DISCRIMINACIÓN (Coord.) *El Envejecimiento de la Población Trabajadora. Balance crítico de la situación y propuestas de mejora*, Observatorio Vasco sobre Acoso y Discriminación, 2018, pág. 85.

16 En el punto 4 de sus Conclusiones, el Consejo afirma que "Más de quince millones de europeos carecen todavía de empleo. El índice de empleo es demasiado bajo y se caracteriza por una participación insuficiente de las mujeres y de los trabajadores de edad más avanzada en el mercado laboral. En algunas partes de la Unión siguen siendo endémicos el desempleo estructural de larga duración y fuertes desequilibrios regionales de desempleo".

empleos y con mayor cohesión social". Para conseguir dicho objetivo se define una estrategia global dirigida a:

- Preparar el paso a una economía y una sociedad basadas en el conocimiento.
- Modernizar el modelo social europeo.
- Mantener las sólidas perspectivas económicas y las expectativas favorables de crecimiento.

Es la llamada Estrategia de Lisboa, de referencia necesaria para entender el desarrollo de la política europea de la primera década del siglo XX. Se trataba de dar un nuevo impulso a las políticas europeas con el fin de poner en marcha una sociedad del conocimiento y de modernizar el modelo social europeo mediante una mejora de la tasa de empleo, la reforma de los sistemas de protección social para hacer frente al envejecimiento de la población y luchar contra la exclusión social. Para ello, según las conclusiones del Consejo Europeo de Lisboa, tomando como base un crecimiento económico del 3% del PIB, en materia de empleo se fijaron los ambiciosos objetivos siguientes: aumentar la tasa de empleo global del 61% al 70%, incrementar la participación de las mujeres en el mercado laboral del 51% al 60%. Se hace hincapié en que un crecimiento del empleo de la magnitud que se precisa para alcanzar estos objetivos será crucial para garantizar la viabilidad de los regímenes de pensiones.

En el ámbito concreto de las pensiones, el Consejo confirma la inscripción del tema de las pensiones en la agenda comunitaria solicitando el fortalecimiento de la cooperación entre los Estados miembros mediante el intercambio de experiencias y mejores prácticas. Para ello, como punto de partida encarga, por una parte, al Grupo de Alto Nivel para la Modernización de la Protección Social, un estudio sobre la evolución futura de la protección social desde una perspectiva a largo plazo, prestando particular atención a la sostenibilidad de los sistemas de pensiones para un horizonte temporal entre 2000 y 2020. Por otra parte, solicita al Consejo Ecofin y a la Comisión elaborar "un informe en el que se evalúe la contribución de las finanzas públicas al crecimiento y a garantizar la sostenibilidad de las finanzas públicas a largo plazo, mediante un estudio de los diferentes aspectos que engloba, incluidas las repercusiones del envejecimiento de la población".

Pues bien, para lograr dicha estrategia, de gran importancia para modernizar la protección social es la introducción de un nuevo método de trabajo[17]: el Método Abierto de Coordinación (MAC)[18]. Concebido para ayudar a los Estados miembros a desarrollar progresivamente sus propias políticas, este método definido en los puntos 37 y 38 de las Conclusiones del Consejo Europeo de Lisboa, se desarrolla en cuatro etapas complementarias:

- establecer directrices para la Unión combinadas con calendarios específicos para lograr los objetivos que se fijen a corto, medio y largo plazo;
- establecer, cuando proceda, indicadores y puntos de referencia cuantitativos y cualitativos cotejados con los mejores que existan y adaptados a las necesidades de los distintos Estados miembros y sectores como método de comparación de las prácticas idóneas;
- plasmar estas directrices europeas en medidas de política nacional y regional, estableciendo objetivos específicos y dando los pasos adecuados, sin perder de vista las diferencias nacionales y regionales;
- organizar periódicamente controles y evaluaciones entre homólogos como procesos de aprendizaje mutuo[19].

El MAC no constituye un método de gobernanza totalmente desconocido ni novedoso puesto que hunde sus raíces en las Orientaciones Generales de Política Económica del Tratado de Maastricht de 1992[20] así como en la Estrategia

17 Acerca de las circunstancias que explican la búsqueda de nuevos métodos de acción en la UE, ver TELÓ, M.: "La méthode ouverte de coordination. Gouvernance et gouvernement dans l'Union européenne", en RODRIGUES, M. J. (Dir.), *Vers une société européenne de la connaissance. La stratégie de Lisbonne (2000-2010)*, Institut d'Etudes Européennes, Bruselas, 2004, págs. 237-271.

18 Sobre el origen del MAC y su evolución ver MIRANDA BOTO, J. Mª.: *Las competencias de la Comunidad Europea en materia social*, Aranzadi Thomson Reuters, 2009, pág. 339 y ss; ROBLES CARRILLO, M.: "El método abierto de coordinación: una técnica original de acción europea", *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, nº239, 2005, págs. 3-21; ROBLES CARRILLO, M.: "El método abierto de coordinación tras el Tratado de Lisboa", *Revista Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 92, 2011, pág. 283-326.

19 Conclusiones de la Presidencia del Consejo europeo de Lisboa, párrafo 37.

20 BORRÁS, S. y JACOBSSON, K.: "The open method of co-ordination and new governance patterns in the EU", *Journal of European Public Policy*, abril 2004, págs. 187. (págs. 185-208); PÉREZ MENAYO, V.: "Pensiones seguras y viables en la Unión Europea" en BENITO GIL, V. J.; CANALES ALIENDE, J. M.; ORJUELA RAMIREZ, M. E. (Coords.) *Estado del bienestar y políticas sociales: una aproximación a la situación española y colombiana*, Editorial Club Universitario, Alicante, 2008, pág. 173.

europea para el empleo del Tratado de Ámsterdam de 1997[21]. No obstante, la Estrategia de Lisboa supuso la consagración del método[22] dado que ahora se extiende al conjunto de reformas económicas y sociales.

La propuesta de aplicar un instrumento del *Soft Law* viene de la voluntad europea, por una parte, de permitir la construcción de una acción comunitaria que tenga en cuenta los aspectos económicos y sociales de los retos de la protección social y por otra parte, de conseguir un compromiso político entre los países y la Comisión sobre las orientaciones que guiarán las reformas. No obstante, la introducción del MAC se deriva sobre todo de la incapacidad institucional de la Unión Europea para imponer legislación alguna en materia de protección social. El MAC se erige como un instrumento de convergencia idóneo ante la imposibilidad de desarrollar una política directa de armonización[23] puesto que parte de los objetivos establecidos en la Estrategia de Lisboa pertenecen a ámbitos cuya competencia pertenece a los Estados miembros, como es el caso de la protección social[24]. En este sentido, la elección del MAC permite a las instituciones europeas respaldar las reformas de los Estados miembros[25] pronunciándose sobre materias que tradicionalmente recaen sobre la responsabilidad de éstos[26]

21 ROBLES CARRILLO, M.: "El método abierto de coordinación tras el Tratado de Lisboa", *Revista Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 92, 2011: "Las primeras referencias a este método se encuentran en el Tratado de Ámsterdam, que formaliza jurídicamente su utilización en materia de empleo y en el ámbito de la lucha contra la exclusión social, sin utilizar su denominación actual, acuñada con posterioridad, pero definiéndolo en sus componentes esenciales. Poco después, la Estrategia de Lisboa supone la introducción del terminó MAC, su caracterización más precisa como modalidad de acción europea y su definición como uno de los protagonistas principales de esta agenda europea" pág. 285.

22 MORENO ROMERO, F.: *Trabajadores de mayor edad en la política institucional de la Unión Europea.,,*, *Op. Cit*, pág. 39.

23 GARCÍA DE CORTÁZAR y NEBRADA, C.: "Jubilación. Soluciones nacionales a un problema europeo" en VV.AA., *La reforma de las pensiones en la Ley 27/2011*, Ediciones Laborum, Murcia, 2011, aclara: "En el panorama europeo viene desarrollándose un concepto nuevo, complejo y de difícil definición al que denominamos "Método Abierto de Coordinación" puesto que no es posible una legislación comunitaria armonizadora en el ámbito de la seguridad social. Ahora bien, indirectamente, y teniendo en cuenta que los problemas y los retos son similares en todos los Estados, se puede tender una especie de aproximación o convergencia de soluciones, aunque distintas sean intercambiables" pág. 35.

24 PÉREZ MENAYO, V.: "Pensiones seguras y viables en la Unión Europea" *Op. Cit.* pág. 173.

25 SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: "Sobre la (in)competencia de las instituciones europeas para reformar los sistemas públicos de pensiones nacionales a la luz del derecho de la UE y de los Tratados internacionales", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, marzo 2018, vol. 10, nº1, pág. 399.

26 MIRANDO BOTO, J. Mª.: *Las competencias de la Comunidad Europea en materia social… Op. cit* afirma "no puede ser casual que el MAC haya hecho su aparición en el ámbito del empleo y de la

sin cuestionar su soberanía en este ámbito y cumpliendo así con el principio de subsidiariedad. Desde el momento en el que los sistemas de pensiones presionan sobre las finanzas públicas y obstaculizan el buen desarrollo de las economías, la UE encuentra legitimidad para, de forma indirecta, incrementar su influencia en áreas en donde no hay competencia comunitaria. En este sentido se ha dicho que el desarrollo del MAC en materia de protección social supone el transito de una subsidiariedad pasiva a una subsidiariedad activa[27].

En primer lugar, los temas que son objeto de intercambio de experiencias, los objetivos comunes, así como los indicadores estadísticos son definidos de común acuerdo por los Estados miembros. Estas reglas no son vinculantes, dejando a los países amplia libertad de actuación para elegir los instrumentos que mejor se adapten a su contexto para alcanzar los objetivos fijados y adoptar las reformas necesarias en función de sus características propias[28]. Luego, de forma periódica, mediante el uso de estos indicadores, se evalúa el avance de cada uno de los indicadores con respecto a los objetivos gracias a los informes nacionales proporcionados por los Estados miembros sobre las estrategias y políticas implementadas. Finalmente, al final de un procedimiento de revisión por pares, la Comisión europea que es la que lleva las riendas de la coordinación y desempeña un papel de catalizador, elabora un informe conjunto en el que se destacan las mejores experiencias y se hacen recomendaciones a cada Estado miembro. Nos hallamos por tanto ante un método de naturaleza político-administrativa y no creadora de derecho[29], que ha sido calificado, en la jerga europea, de Derecho

protección social. Este hecho responde al deseo de buscar vías de actuación que respeten en grado máximo las competencias estatales, pero que permitan un cierto margen de actuación coordinada en el nivel comunitaria, alejada eso si de la jamás conseguida ni intentada armonización". pág. 343.

27 PÉREZ MENAYO, V.: "El método abierto de coordinación en la Unión Europea: su aplicación a las pensiones", *Noticias de la Unión Europea*, núm. 222, 2003, pág. 58. En este mismo sentido, MONEREO PÉREZ, J. L.: "La garantía de los derechos fundamentales de los trabajadores maduros" en MONEREO PÉREZ, J. L. y MALDONADO MOLINA, J. A. (Coords.), *Envejecimiento activo y vida laboral*, Comares, Granada, 2019, subraya que "Las iniciativas del MAC han sido importantes respecto a las garantías de viabilidad del sistema de pensiones, la búsqueda del mantenimiento en activo de los trabajadores de edad madura y la prolongación de la vida laboral. Estas "directrices" aun respetando el principio de subsidiariedad, no son simples orientaciones o recomendaciones. Se trata de iniciativas que pretenden conformar un paradigma de referencia respecto a las reformas que deben ser realizadas por los Estados miembros de la UE. De manera que esta forma de *Soft Law* presenta una configuración vinculatoria débil e introduce una modulación pragmática del principio de subsidiariedad en un sentido más activo." pág. 248.

28 PÉREZ MENAYO, V.: "El método abierto de coordinación en la Unión Europea…" *Op. Cit,.* pág. 51.

29 MORENO ROMERO, F.: "Políticas de empleo y pensiones en la Unión Europea y su impacto en

blando o *"Soft Law"*, porque se refiere a un ámbito de competencia nacional y, por tanto, a diferencia de una Directiva o un Reglamento, es un instrumento no vinculante y como tal no puede dar lugar a ninguna obligación legal ni sanción económica.

2.2. La primera fase del Método Abierto de Coordinación aplicado a las pensiones: de Lisboa a Barcelona (2000-2003)

Después del Consejo europeo de Lisboa, varios Consejos Europeos pusieron de relieve el desafío que supone el envejecimiento de la población y han examinado sus implicaciones para el mantenimiento de unas pensiones adecuadas y sostenibles. De esta manera, Consejo tras Consejo, la política europea de reforma de los sistemas de pensiones ha sido formulada progresivamente.

Un mes después de Lisboa, el Consejo Europeo de Santa María da Feira de junio de 2000 insistió en la necesidad de modernizar los sistemas de protección social. Para ello hace hincapié en la necesidad de prestar especial atención a la sostenibilidad de los regímenes de pensiones mediante la definición de dos líneas de acción, con objeto de pronosticar mejor la evolución y tendencias futuras y conseguir un conocimiento mayor de las estrategias nacionales de reforma de las pensiones[30].

Respondiendo a las expectativas expuestas en los Consejos Europeos de Lisboa y de Santa María da Feira, en octubre de 2000, la Comisión entregó una Comunicación previa sobre la "Evolución futura de la protección social en una perspectiva a largo plazo: pensiones seguras y viables"[31]. En ella la Comisión repasa los principales retos a que deberán hacer frente los sistemas de pensiones y fija un marco general para el análisis de los desafíos y las respuestas políticas. Para reducir los desequilibrios venideros causados principalmente por el envejecimiento de la población, la Comisión se basa sobre todo en el crecimiento económico, el aumento de las tasas de actividad y la vuelta al pleno empleo, pero también en el recurso a la inmigración, en particular a las personas "muy cualificadas de terceros países". Recomienda limitar la jubilación anticipada y

las reformas españolas", *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF,* núm. 356, 2012, pág. 131.

30 Conclusiones de la Presidencia del Consejo europeo de Santa María da Feira, 19 y 20 de junio de 2000, punto 35.

31 Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económica y Social, "Evolución futura de la protección social desde una perspectiva a largo plazo: Pensiones seguras y viables", COM (2000) 622 final.

aumentar la edad que causa derecho a una pensión completa. Por otra parte, pide a los Estados miembros reducir el peso de la deuda pública. Para ello, aboga por el recurso a las pensionas privadas basadas en la capitalización (a través de regímenes tanto profesionales como individuales) para reducir la presión sobre las finanzas públicas. Sin embargo, también pide que los sistemas nacionales permitan a los jubilados preservar el nivel de vida de su vida laboral, fortalecer su carácter solidario y hacer que el nivel de la prestación de jubilación individual sea lo más predecible posible.

El Consejo Europeo de Niza de diciembre 2000[32], quiso dar un nuevo impulso a la política económica y social de Europa. Durante el Consejo se adoptó la Agenda social europea en las que se definen, de conformidad con las conclusiones del Consejo Europeo de Lisboa, las prioridades y los objetivos de actuación hasta 2005. Entre las seis orientaciones para la política social, tres toman en cuenta el envejecimiento demográfico de la población. Para cada una de las orientaciones, la Agenda Social enumera acciones más o menos precisas que se apoyan, para su aplicación, "a toda la gama de instrumentos comunitarios existentes" incluido el MAC. Entre los asuntos seleccionados para ser objeto de un MAC figura la sostenibilidad y la calidad de los regímenes de pensiones. En la parte dedicada a "modernizar la protección social", la Agenda Social prevé acciones específicas en materia de pensiones. En concreto, se preconiza "obtener un alto índice de empleo para reducir la carga de las jubilaciones por persona activa ocupada" y "proseguir la cooperación y los intercambios de experiencias entre los Estados sobre aquellas estrategias que permitan garantizar en el futuro unas pensiones seguras y viables". Por tanto, del Consejo Europa y de la Agenda Social se confirman tres principios generales sobre los regímenes de pensiones: la preservación de la capacidad de los sistemas para alcanzar sus objetivos sociales (principio de solidaridad), la garantía de su sostenibilidad financiera y su adaptabilidad para responder a las necesidades cambiantes de la sociedad.

Esta fase previa del MAC en materia de pensiones se complementa y oficializa en el Consejo de Estocolmo de marzo de 2001 que se centra en los mismos temas[33]. Confirma los objetivos marcados por el Consejo de Lisboa, pero, por primera vez la UE se fija un objetivo en materia de tasa de empleo para los trabajadores de edad: conseguir para 2010 que la tasa de empleo para

32 Conclusiones de la Presidencia del Consejo de Niza de 7-10 de diciembre de 2000.

33 Conclusiones de la Presidencia del Consejo de Estocolmo de 23 y 24 de marzo de 2001.

los trabajadores entre 55 y 64 años pase del 38,5% al 50%. En paralelo se invita a los Estados miembros a reducir su deuda pública, reformar sus sistemas de pensiones para que el envejecimiento demográfico pese menos sobre las finanzas publicas y reformar mercado de trabajo para incrementar la tasa de empleo de las mujeres y trabajadores de edad. El Consejo aborda el tema de las pensiones a través del reto demográfico y sus repercusiones económicas y sociales. Para la UE el envejecimiento de la población plantea un problema "en una sociedad en la que la proporción de personas en edad laboral es cada vez menor" lo que ejercerá "una presión importante en los sistemas de seguridad social, en particular sobre las pensiones". En este sentido, el Consejo preconiza actuar en estas áreas "definiendo estrategias claras para garantizar la idoneidad de los sistemas de pensiones" y para ello recomienda que se aproveche plenamente "todas las posibilidades que ofrece el MAC". El Consejo Europeo de Estocolmo sentó las bases del MAC en materia de pensiones.

Asimismo, el Consejo de Gotemburgo de junio de 2001[34] subraya que los problemas que plantea el envejecimiento de la población deben abordarse de forma integral (desde la vertiente de la política económica, social y de empleo) y define las grandes líneas directrices del MAC en materia de pensiones. Para ello se aprueban tres principios fundamentales que deben observarse para modernizar los sistemas de pensiones y garantizar la sostenibilidad a largo plazo de los mismos, tal como los define el Consejo:

- Mantener la capacidad de los sistemas de pensiones de cumplir sus objetivos sociales. Es decir, asegurar a los jubilados y personas a su carga unos ingresos seguros y adecuados y garantizar unas condiciones de vida dignas a todas las personas durante su vejez.
- Garantizar la viabilidad financiera de los sistemas de pensiones para hacer frente al reto del envejecimiento demográfico que pone en peligro el equilibrio de las finanzas públicas y la capacidad de los Estados para cumplir los objetivos de la política presupuestaria.
- Mejorar la capacidad de respuesta de los sistemas de pensiones ante los cambios en las necesidades de la sociedad y las personas para contribuir en este sentido a mejorar la flexibilidad del mercado de trabajo, la igualdad de oportunidades para hombres y mujeres en

34 Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Gotemburgo del 15 y 16 de junio de 2001.

el empleo y la protección social, y la adaptación de los sistemas de pensiones a las necesidades individuales.

Con el Consejo Europeo de Laeken de diciembre de 2001[35], se lanza oficialmente el MAC en materia de pensiones con miras a ayudar a los Estados miembros a desarrollar sus propias estrategias nacionales para garantizar unas pensiones adecuadas y para mantener al mismo tiempo su viabilidad financiera y afrontar el desafío de la evolución de las necesidades de la sociedad. Sobre la base del Informe conjunto del Comité de Protección Social y del Comité de Política Económica, sobre "Calidad y viabilidad de las pensiones. Informe sobre objetivos y métodos de trabajo en el ámbito de las pensiones"[36] el Consejo Europeo, establece once objetivos comunes en el marco de los tres principios aprobados en Gotemburgo. Hemos de subrayar que los tres ejes desarrollados son interdependientes y deben reforzarse mutuamente.

Principio 1: Mantener la adecuación de los sistemas de pensiones. Para ello se marcan tres objetivos:

- Objetivo 1: Prevenir la exclusión social garantizando que las personas mayores no corran riesgo de pobreza y puedan disfrutar de un nivel decente de vida. Se trata de garantizar que el sistema de pensiones, reforzado en su caso con otras medidas sociales destinadas a las personas mayores, les proporcione un nivel de vida que les proteja de la pobreza y les permita acceder a un nivel de recursos (bienes, relaciones sociales, seguridad material) que permitan condiciones de vida equiparables a la población activa. Existe un consenso según el cual las personas que han alcanzado una edad avanzada ven limitadas sus posibilidades para constituir recursos propios a través de una actividad profesional. En consecuencia, los poderes públicos tienen como misión asegurarles un nivel de vida digno.
- Objetivo 2: Proporcionar a todas las personas un acceso a sistemas de pensiones adecuados, públicos o privados, que les permitan mantener, en la medida de lo razonable, su nivel de vida después de la jubilación. El objetivo marcado trata de garantizar que las prestaciones otorgadas por los sistemas de pensiones, completados por otras

35 Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Laeken del 14 y 15 de diciembre de 2001.

36 Consejo de la Unión Europea, *Calidad y viabilidad de las pensiones. Informe conjunto sobre los objetivos y los métodos de trabajo en el ámbito de las pensiones*, 2001.

fuentes de ingresos (actividad profesional, bienes patrimoniales, etc.) permitan a las personas jubiladas mantener durante su vejez un nivel comparable al que disfrutaban durante el desarrollo de su vida laboral.

- Objetivo 3: Promover la solidaridad intra e intergeneracional. Este objetivo se interesa en concreto a las desigualdades en la redistribución de ingresos entre las personas mayores y en la equidad intergeneracional.

Principio 2: Garantizar la sostenibilidad financiera de los sistemas de pensiones. Este principio se consagra a través de los cinco objetivos siguientes:

- Objetivo 4: Conseguir un alto nivel de empleo, por medio de reformas globales del mercado de trabajo conformes a la Estrategia Europea de Empleo y coherentes con las Orientaciones Generales de Política Económica. Los Estados miembros están invitados a responder a las presiones ejercidas sobre sus sistemas de pensiones debido a los cambios demográficos, mediante una mayor movilización de la mano de obra. Este objetivo viene a respaldar el objetivo que la UE se había fijado en el Consejo Europeo de Estocolmo consisten en alcanzar una tasa de actividad del 50% para las personas de entre 55 y 64 años.
- Objetivo 5: Garantizar que todas las ramas de la protección social y en particular los sistemas de pensiones incentiven eficazmente la permanencia en el mercado de trabajo de los trabajadores de más edad. Para ello se pide restringir las posibilidades de jubilarse anticipadamente y, por lo contrario, buscar mecanismos que premien a aquellos que decidan permanecer más allá de la edad legal de jubilación en el mercado laboral. Como complemento al objetivo anterior, se trata de adoptar medidas que incentiven a mantener a los trabajadores mayores en su actividad profesional.
- Objetivo 6: Reformar los sistemas de pensiones de forma adecuada, teniendo en cuenta el objetivo general de mantener la viabilidad de las finanzas públicas. Este objetivo se encuentra a caballo entre la puesta en marcha del MAC en materia de pensiones y la coordinación de las políticas económicas y presupuestarias en el marco de las Orientaciones Generales de Política Económica. Se recomienda

a los países que diseñen su estrategia para equilibrar los sistemas de pensiones a largo plazo en el marco de una estrategia global para las finanzas públicas. En este sentido, una reforma de las pensiones que implique un aumento de la deuda pública no sería coherente con las políticas económicas y presupuestarias.

- Objetivo 7: Velar porque las disposiciones y las reformas en materia de pensiones mantengan un equilibrio equitativo para evitar una fiscalización excesiva de la población activa y mantener pensiones adecuadas para los pensionistas. Este objetivo insiste en la dimensión intergeneracional de la reforma de las pensiones mencionada en el tercer objetivo.
- Objetivo 8: Garantizar que los sistemas de pensiones financiados con fondos privados y públicos puedan proporcionar pensiones con la eficacia, asequibilidad, movilidad y seguridad necesarias. Este objetivo se relaciona con la regulación pública que es necesaria imponer a los sistemas de pensiones públicos y privados.

Principio 3: Modernizar los sistemas de pensiones para responder a las necesidades sociales cambiantes. Este principio se conseguiría observando los tres últimos objetivos definidos:

- Objetivo 9: Asegurar que los sistemas de pensiones sean compatibles con las necesidades de flexibilidad y seguridad en el mercado de trabajo y garantizar que, sin perjuicio de la coherencia de los sistemas fiscales de los Estados miembros, la movilidad profesional dentro y fuera de los países europeos, así como el empleo atípico no penalicen los derechos de pensión de las personas y que los sistemas de pensiones no desalienten el trabajo por cuenta propia. La legislación en materia de jubilación debe responder a las necesidades de reemplazar los ingresos devengados por las personas que tienen un empleo atípico. Sin embargo, las normas vigentes son hereditarias de una época en la que el empleo se caracterizaba sobre todo por ser a tiempo completo y por un tiempo indefinido. Por lo tanto, las personas que tienen un empleo atípico (a tiempo parcial, de corta duración, por cuenta propia) corren el riesgo de verse penalizados por unas reglas que no se ajustan a la realidad cambiante del mercado laboral. Por ello, se

recomienda que la adaptación de los sistemas de pensiones se cometa teniendo en cuenta los cambios en las formas de empleo.

- Objetivo 10: Revisar las disposiciones en materia de pensiones con el fin de garantizar el principio de igualdad entre hombres y mujeres. Este objetivo recomienda a los Estados miembros anticipar las adaptaciones de sus sistemas de pensiones para igualar la situación de las mujeres en relación con los hombres en lo que respecta a sus derechos de pensión.
- Objetivo 11: Aumentar la transparencia de los sistemas de pensiones y su adaptabilidad a los cambios para que los ciudadanos puedan seguir confiando en los mismos. Desarrollar informaciones fiables y sencillas acerca de las perspectivas a largo plazo de los sistemas de pensiones especialmente en cuanto a la evolución de los niveles de las prestaciones y de las tasas de cotización. Se trata en definitiva de un conjunto de recomendaciones apuntando a favorecer la participación de los ciudadanos en los debates sobre el futuro de las pensiones.

En el siguiente Consejo Europeo de Barcelona de marzo de 2002[37], se instó a los Estados miembros a acelerar la reforma de los regímenes de pensiones ante el desafío que plantea el envejecimiento de la población, tanto para asegurar su sostenibilidad financiera como para que pueda seguir cumpliendo sus objetivos sociales. Los países miembros tomaron consciencia de las dificultades encontradas para cumplir los objetivos fijados en Lisboa. Por ello, el Consejo invitó a reducir las medidas que promovían las modalidades de jubilación anticipada y a intensificar los esfuerzos para aumentar las oportunidades de que los trabajadores de más edad se mantengan en el mercado de trabajo mediante formulas de jubilación flexible y gradual y mediante un acceso efectivo a la formación permanente. Por otra parte, se preconizó también, con el horizonte temporal de 2010, que la edad media efectiva de abandono del mercado de trabajo por este colectivo debería de incrementarse en cinco años en la Unión Europea.

La introducción del MAC en materia de pensiones lleva a los Estados miembros a elaborar y entregar en septiembre de 2002 sus Informes de estrategia nacional en los que informan detalladamente sobre cómo intentan cumplir los once objetivos comunes aprobados por el Consejo Europeo de Laeken. En dichos informes los países detallan qué políticas o que medidas han puesto en

37 Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Barcelona del 15 y 16 de marzo de 2002.

práctica con el fin de alcanzar los objetivos definidos en el MAC en materia de pensiones de modo que puedan servir de base para un debate europeo que permitiera hacer balance de los logros y permitiera identificar nuevas vías de actuación. Estos documentos fueron analizados por los servicios de la Comisión con objeto de evaluar el cumplimiento de los once objetivos comunes. Fruto de estos análisis, en marzo de 2003 la Comisión y el Consejo sacan a la luz su "Informe conjunto sobre pensiones viables y adecuadas"[38]. Dicho informe constituye el primer gran estudio realizado sobre las estrategias nacionales en materia de pensiones y describe como los Estados miembros pretenden hacer frente al desafío del envejecimiento de la población, teniendo en cuenta los tres grandes principios que rigen: la adecuación, la viabilidad y la modernización de sus sistemas.

El Informe consta de cuatro grandes capítulos. La primera parte del primer capítulo, en base a las informaciones contenidas en el Informe del Comité de Política Económica de noviembre de 2000[39], se centra en presentar los últimos datos sobre la evolución de la población en el periodo 2000-2050 y el impacto del envejecimiento de la población sobre los sistemas públicos de pensiones. La segunda parte del primer capítulo presenta los resultados de un sondeo realizado para conocer la opinión de los ciudadanos europeos acerca del futuro de los sistemas de pensiones. Examina en que medida las personas se sienten confianza respecto a su situación financiera después de jubilarse y como reaccionan ante la posibilidad de retrasar la edad de jubilación como respuesta política ante el aumento de la esperanza de vida. La opinión pública es más bien pesimista en cuanto a la seguridad que le da el sistema público. Casi el 50% estima que encontraría dificultades a la hora de vivir su vejez solamente con su pensión pública. El segundo capítulo analiza en qué medida los países cumplen los once objetivos definidos del MAC en materia de pensiones. El tercer capítulo presenta las conclusiones de esta evaluación de las políticas y sistemas de pensiones. Reconoce que los gobiernos nacionales han emprendido reformas importantes en la década de los años 1990. No obstante, subraya que la reforma de las pensiones es un proceso continuo y no un evento único y aislado por lo que estima necesario adoptar más medidas para asegurar la viabilidad de los sistemas de

38 Informe conjunto de la Comisión y del Consejo sobre la adecuación y viabilidad de las pensiones, 2,3 de marzo de 2003, 6527/03 REV.

39 Comité de Política Económica, "Informe sobre el impacto del envejecimiento de la población sobre los sistemas públicos de pensiones" EPC/ECFIN/581/00 – Rev. 1, Bruselas, 6 de noviembre de 2000.

pensiones y la salud financiera pública. En este sentido, sugiere algunas recomendaciones de cara al futuro. Los Estados miembros deben profundizar en las reformas de sus sistemas de pensiones observando los objetivos del MAC en materia de pensiones para asegurar la viabilidad de unas pensiones adecuadas. El informe destaca la necesidad de mejorar las medidas tendentes en incitar a los trabajadores de más edad a permanecer en el mercado de trabajo. Además, afirma que la base financiera de los sistemas de pensiones puede verse reforzada mediante el desarrollo de los planes de pensiones capitalizados, tanto públicos como privados. El recurso a las pensiones privadas, basadas en la capitalización, a través de regímenes profesionales o individuales, también puede ser un instrumento válido para aliviar la presión sobre las finanzas publicas. Los Estados miembros deben garantizar a través de marcos reguladores adecuados que los sistemas privados de pensiones puedan seguir abonando a sus beneficiarios con la mayor eficacia y accesibilidad, las pensiones que les corresponden. Por último, la adecuación de las prestaciones también dependerá de la capacidad de adaptar los sistemas de pensiones a patrones de empleo y carrera más flexibles y a la evolución de los papeles cambiantes de hombres y mujeres en la sociedad. Por otra parte, llama a proseguir la cooperación entre los Estados y la Unión Europea. Para ello sugiere que los indicadores no solo se centren en el presente sino también incluir proyecciones futuras. Además de crear indicadores que reflejen los once objetivos individuales, el informe propone evaluar de manera periódica la confianza global de los sistemas de pensiones.

Por último, la cuarta parte del informe presenta un anexo en el que se incluyen los resúmenes por países. Son muy interesantes en la medida en que contienen recomendaciones implícitas a los Estados miembros sobre la reforma de sus sistemas de pensiones. En lo que respecta a España, dicho informe indica que el sistema español de pensiones respecta la adecuación de sus prestaciones, pero se enfrenta a un reto importante en materia de viabilidad financiera. Subraya que si bien la reorganización de la financiación del sistema de seguridad social, incluida la creación de un fondo de reserva, así como otros ajustes en los parámetros del sistema de pensiones marcan pasos que van en la buena dirección, estas medidas no son suficientes para responder al desafío de la viabilidad financiera. Dadas las bajas tasas de empleo femenino y de los trabajadores mayores que presenta España, el informe pide implantar mayores reformas para permitir a estos colectivos participar activamente en el mercado laboral para garantizar la viabilidad financiera del sistema de pensiones.

2.3. La segunda fase de la aplicación del MAC en materia de pensiones (2003-2007).

Tras estos primeros años de aplicación del MAC, en mayo de 2003, la Comisión propuso en una Comunicación reforzar la dimensión social de la Estrategia de Lisboa[40]. En este documento se incluye propuestas para mejorar la eficacia de la coordinación de las políticas de los Estados miembros en el ámbito de la protección social, contribuyendo así a la necesaria modernización de los sistemas de protección social y reforzando la dimensión social de la Estrategia de Lisboa. En este sentido el objetivo de la Comisión era doble. Por un lado, simplificar el trabajo en materia de inclusión social, pensiones, asistencia sanitaria y cuidados de larga duración con el fin de crear un proceso integrado. Por otro lado, fortalecer el proceso e integrarlo en consonancia y sincronía con la Estrategia de Lisboa, particularmente con las Orientaciones Generales de Política Económica y la Estrategia Europea de Empleo[41]. Por su parte, los Estados miembros manifestaron su consentimiento en simplificar el proceso para estimular el desarrollo de sus políticas, resaltar dificultes comunes y facilitar el aprendizaje mutuo en materia de protección social.

El Consejo Europeo de Bruselas de marzo de 2004[42] llegó a la conclusión de que, ante los resultados tibios cosechados hasta el momento, era preciso proceder a una revisión de la Estrategia de Lisboa si se quieren cumplir los objetivos de 2010. Para ello instó a la Comisión que establezca un Grupo de Alto Nivel presidido por Wim Kok con la misión de "llevar a cabo una evaluación independiente" de la Estrategia de Lisboa para contribuir a la revisión de la misma, y para ello se le pedía expresamente que procediera a "enumerar las medidas que, unidas, formarán una sólida estrategia para que nuestras economías alcancen los objetivos y metas de Lisboa".

Pues bien, en su Informe presentado en noviembre de 2004[43], el Grupo de Alto Nivel consideró que, a mitad de camino, la aplicación de la Estrategia de

40 Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones "Refuerzo de la dimensión social de la Estrategia de Lisboa: racionalización del método abierto de coordinación en el ámbito de la protección social" COM (2003) 261 final.

41 NATALI, D. "La reforma de las pensiones en la Unión Europea: cambios en las políticas nacionales y coordinación de la Unión Europea" *Op. Cit*. pág.

42 Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Bruselas de 25 y 26 de marzo de 2004.

43 Informe del Grupo de Alto Nivel presidido por Wim Kok "Hacer frente al desafío. La Estrategia de Lisboa para el crecimiento y el empleo", noviembre de 2004.

Lisboa muestra resultados claroscuros e insuficientes en términos de crecimiento y de empleo. En este sentido, se propone que la Estrategia de Lisboa se vuelva a centrar en la búsqueda de un crecimiento económico más fuerte y crear más puestos de trabajo y de mayor calidad.

A partir de las importantes contribuciones del Informe de Wim Kok y de una Comunicación de la Comisión sobre el relanzamiento de la estrategia de Lisboa para el crecimiento y el empleo[44], el Consejo Europeo de Bruselas de marzo de 2005 procedió a una revisión intermedia de la Estrategia de Lisboa[45] y concluyó que cinco años después de su lanzamiento "el balance es desigual". Por ello determina que "urge actuar" y es indispensable reactivar y reorientar la Estrategia de Lisboa en torno a los objetivos de crecimiento y empleo[46].

Por otra parte, en paralelo y en estrecha colaboración con el relanzamiento de la Estrategia de Lisboa, la aplicación del MAC en el ámbito de la protección social conoce también un nuevo impulso. Se trata de profundizar en la interacción entre el MAC y el proceso revisado de Lisboa de tal manera que las políticas de protección social deben apoyar los objetivos de crecimiento y empleo y viceversa. En su Comunicación "Trabajar juntos, trabajar mejor: un nuevo marco para la coordinación abierta de las políticas de protección social y de inclusión en la Unión Europea"[47], la Comisión estima que, a la luz de la experiencia de los primeros años desde su puesta en marcha, la fragmentación de la aplicación del MAC en varias temáticas ha dado lugar a una multiplicación de objetivos que no aseguran una coherencia global, y a una baja legibilidad de los mensajes que se extraen de los procesos de intercambio de experiencia y mejores prácticas. Por lo tanto, propone una racionalización e integración de los tres procesos de coordinación mediante la introducción de un MAC Social simplificado. Es decir que el MAC de inclusión social, pensiones, asistencia sanitaria y cuidados de larga duración se fusionaron en un MAC Social único

44 Comunicación al Consejo Europeo de Primavera, "Trabajando juntos por el crecimiento y el empleo. Relanzamiento de la Estrategia de Lisboa" COM (2005) 24 final.

45 Sobre esta cuestión ver a YBÁÑEZ RUBIO, I. "Revisión de la Estrategia de Lisboa en la UE. "Trabajar juntos para el crecimiento y el empleo", *Información Comercial Española, ICE: Revista de economía*, nº829, 2006, pág. 165-174.

46 Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Bruselas de 22 y 23 de marzo de 2005.

47 Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, "Trabajar juntos, trabajar mejor: un nuevo marco para la coordinación abierta de las políticas de protección social y de inclusión en la Unión Europea" COM (2005), 706 final.

sobre protección e inclusión social. Así pues, a partir de entonces se elaborarían anualmente un informe conjunto relativo a los distintos objetivos en el marco de una estructura unificada que haga referencia a la protección social en su conjunto y no de forma dividida y fragmentada.

Este nuevo MAC Social simplificado establece tres objetivos fundamentales que establece un marco general para el trabajo en el conjunto del MAC, y tres grupos de objetivos específicos de cada ámbito político. Los objetivos fundamentales del MAC para la protección social y la inclusión son:

- Promover la cohesión social y la igualdad de oportunidades para todos a través de sistemas de protección social y políticas sociales de inclusión adecuados, accesibles, financieramente viables, adaptables y eficientes.
- Cooperar estrechamente con los objetivos de Lisboa para alcanzar un mayor crecimiento económico y crear más y mejores puestos de trabajo, y con la estrategia de desarrollo sostenible de la UE.
- Consolidar la gobernanza, la transparencia y la implicación de los interesados en el diseño, la ejecución y la supervisión de la política.

Dichos objetivos se aplican a las siguientes líneas de trabajo: contribuir decisivamente a la erradicación de la pobreza y la exclusión social; garantizar el acceso a la atención sanitaria y a los cuidados de larga duración, y garantizar pensiones adecuadas y viables. En el caso de las pensiones, los tres objetivos clave son:

- Garantizar pensiones adecuadas de jubilación para todas las personas y el acceso a las mismas que permitan a los mayores mantener, de manera razonable, su calidad de vida después de la jubilación.
- Asegurar la sostenibilidad financiera de los sistemas de pensión públicos y privados, especialmente fomentando una vida laboral más larga y el envejecimiento activo; garantizando un equilibrio adecuado y justo entre contribuciones y beneficios, y promoviendo la asequibilidad y velando por la seguridad de los sistemas financiados y privados.
- Velar por que los planes de pensiones sean transparentes, estén bien adaptados a las necesidades y aspiraciones de mujeres y hombres y a los requisitos de sociedades modernas, del envejecimiento demográfico y del cambio estructural; que las personas reciban la información

que necesitan para planear su jubilación y que las reformas se lleven a cabo sobre la base del consenso más amplio posible.

A raíz de este proceso de remodelación, los Estados miembros presentaron por primera vez, en el segundo semestre de 2006, sus primeros Informes Estratégicos Nacionales (2006-2008) que trataban de manera integral las políticas en materia de inclusión social, pensiones y asistencia sanitaria. Con base en estos trabajos nació el primer Informe Conjunto sobre Protección e Inclusión Social en 2007[48]. El Informe destaca que, a pesar de las reformas emprendidas, el envejecimiento implicará un aumento significativo de los gastos relacionados con la vejez (pensiones, asistencia sanitaria, cuidados de larga duración). Alerta sobre la sostenibilidad financiera de la mayoría de los países todavía corre peligro. En este sentido propone adoptar una triple estrategia basada en la reducción de la deuda pública, el aumento del empleo y la reforma de los sistemas de protección social. Entre los retos fundamentales de los distintos capítulos de las actividades relativas al MAC, el informe destaca la necesidad de realizar esfuerzos para garantizar unas pensiones adecuadas y sostenibles. Para ello es necesario que las estrategias de reforma tengan en cuenta las sinergias y los compromisos entre los tres objetivos generales de adecuación, sostenibilidad y modernización. La Comisión reconoce que la sostenibilidad y la adecuación constituyen las dos caras de la misma moneda. Las reformas emprendidas muestran a largo plazo una reducción de las tasas de sustitución por lo que la mejor manera de asegurar la adecuación y sostenibilidad de las pensiones en un contexto de envejecimiento demográfico es aumentar el empleo, promover la prolongación de la vida activa e incrementar el ahorro en los planes de pensiones complementarias para evitar la pobreza de los pensionistas.

Esta segunda fase del MAC en materia de pensiones concluye con la publicación del segundo Informe conjunto sobre pensiones adecuadas y sostenibles de la Comisión Europea[49]. Se trata de un análisis basado en la segunda ronda de Informes de Estrategia Nacional sobre pensiones que los Estados miembros presentaron en 2005 y es un buen exponente de los progresos sustanciales realizados desde el Informe conjunto de 2003. El Informe de 2006 presenta una

48 Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, "Informe conjunto sobre protección social e inclusión social 2007", COM (2007) 13 final.

49 Comisión Europea, *"Pensiones adecuadas y sostenibles. Informe de síntesis 2006",* Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2006.

estructura similar al de 2003. El primer capítulo presenta una síntesis general de los desafíos que pesan sobre el futuro de los sistemas de pensiones incidiendo de nuevo sobre la amenaza que representa el envejecimiento de la población para asegurar el crecimiento económico y unas finanzas públicas equilibradas. El segundo capítulo analiza el grado de cumplimiento de los Estados miembros a partir de los once objetivos específicos del MAC en materia de pensiones en torno a las tres áreas de adecuación, sostenibilidad y modernización. El tercer capítulo presenta un resumen por países.

Pues bien, el informe muestra que desde 2003 los Estados miembros realizaron avances significativos en la reforma de sus sistemas de pensiones. Mientras los últimos países en haber integrado la UE se encuentran todavía en las primeras etapas de su proceso reformista, los demás Estados intensificaron sus esfuerzos y emprendieron reformas más profundas. Los países persiguieron sus esfuerzos en desincentivar la salida prematura de los trabajadores del mercado de trabajo y, por el contrario, desarrollaron incentivos para la prolongación de su vida profesional. La principal novedad de las reformas acaecidas para este periodo viene dada por un mayor vinculo entre las aportaciones al sistema y los beneficios conseguidos mediante la instauración de mecanismos de revisión automáticos que ajustan la edad de jubilación o el calculo de las prestaciones de vejez según la evolución de la esperanza de vida. Además, recalca que se ha desarrollo aún más la provisión de pensiones del segundo y tercer pilar. Resalta que las reformas operadas se traducen en general en una disminución de las pensiones públicas pero que esto puede verse compensando por una vida laboral más larga, así como por un mayor ahorro personal. No obstante, para la Comisión nada es suficiente y destaca algunos problemas claves que surgen tras el estudio de los informes de estrategia nacional. En concreto, se identifica una serie de medidas claves que deberían observar los Estados miembros en el marco de los procesos de evolución y reforma de sus sistemas de pensiones:

- Fortalecer los incentivos para extender la vida laboral: Para la Comisión es crucial conseguir que los trabajadores permanezcan más tiempo en el mercado de trabajo. Se trata de una meta europea explicita en el contexto de la Estrategia de Lisboa tanto a través del objetivo de incrementar la tasa de empleo de los trabajadores mayores al 50% como a través del objetivo de aumentar de cinco años la edad efectiva de salida del mercado de trabajo para 2010. La justificación es sencilla. Unas vidas laborales más largas se traducen en más años de cotización y menos años de disfrute de una pensión de jubilación,

lo que en sus palabras "contribuye directamente a la adecuación y sostenibilidad de los sistemas de pensiones".

- Desarrollar un enfoque de ciclo de vida y reforzar el vínculo entre contribuciones y beneficios: Para poder hacer frente a la evolución creciente de la esperanza de vida, las reformas deben promover la adaptación de sus sistemas teniendo en cuenta en su diseño la promoción de un enfoque de ciclo vital. La reforma de las pensiones debe responder a los cambios demográficos y, en particular, a los cambios en la esperanza de vida, factor determinante para hacer frente al incremento de los gastos. Si este aumento de la esperanza de vida se traduce en un incremento de los años disfrutando de la jubilación, es necesario para tener un sistema financieramente equilibrado, aumentar las cotizaciones sociales o reducir las prestaciones a los pensionistas. Sin embargo, estos años adicionales de esperanza de vida se pueden repartir equitativamente el periodo de actividad profesional y el periodo de retiro, lo que conduciría a un mejor equilibrio entre cotizaciones y prestaciones. En este sentido, anima a los Estados miembros en diseñar reformas que contemplen la instauración de mecanismos de ajuste automático o revisiones periódicas.
- Modernizar los sistemas de pensiones aumentando su capacidad de adaptación a los cambios estructurales: Los sistemas de pensiones deben adaptarse tomando en cuenta la cambiante y más flexible naturaleza de la vida laboral. El aumento de la tasa de participación y los cambios en la sociedad hacen que cada vez más trabajadores presentan carreras atípicas. Las interrupciones profesionales, el trabajo a tiempo parcial y por cuenta propia son cada vez más frecuentes. Estas tendencias requieren que los sistemas de pensiones se adapten y fomenten la actividad y garanticen los derechos de estos trabajadores atípicos.
- Garantizar pensiones mínimas: El informe resalta que muchos países desarrollaron medidas para asegurar la adecuación futura de una renta mínima de los pensionistas. Sin embargo, debe prestarse especial atención sobre la necesidad de definir cuidadosamente las reglas de revalorización de las pensiones, así como no desalentar ni el empleo ni el ahorro individual.
- Desarrollar los planes privados de pensiones: El informe indica que las pensiones privadas pueden complementar o reemplazar los sis-

temas públicos y contribuir así a una distribución más amplia del riesgo a nivel individual, pero se debe tener cuidado para garantizar sistemas seguros y equitativos.

- Reforzar la gobernanza de los sistemas de pensiones: Para ello, por un lado, debe mejorarse la transparencia, informando mejor a los beneficiarios sobre sus prestaciones y reforzar la comprensión sobre los retos futuros de las pensiones por la sociedad. Por otro lado, indica que los mecanismos de revisión y ajuste constituyen innovaciones importantes, no solo para adaptar los sistemas a lo largo del tiempo, sino también para fomentar una mejor comprensión de las reformas necesarias frente a los desafíos demográficos.

Para el caso concreto de España, las conclusiones del Informe de 2006 no distan mucho del Informe de 2003, reiterando que España conforma uno de la lista de países que se enfrentan a un gran desafío en materia de sostenibilidad financiera debido a las tendencias demográficas particularmente acentuadas. Se proyecta que el aumento del gasto en pensiones empezará a notarse después de 2015 si bien, según el Informe de Estrategia Nacional, el fondo de reserva permitiría hacer frente a los desajustes coyunturales del sistema hasta el año 2020. No obstante, dicha reserva constituye un parche temporal insuficiente que plantea la necesidad de adoptar reformas adicionales para asegurar la sostenibilidad financiera del sistema de pensiones a largo plazo. Además, de nuevo el Informe vuelve a poner el dedo en la llaga señalando la baja tasa de empleo femenino y de los trabajadores de más edad en nuestro país. En este sentido resalta la necesidad de reformas adicionales para mejorar la sostenibilidad y la conveniencia de conseguir una mayor participación de dichos colectivos en el mercado laboral. Adicionalmente la Comisión sugiere al legislador español adoptar otras medidas: estrechar el vinculo entre el nivel de cotizaciones y de prestaciones en las pensiones vinculadas a los salarios, fomentar los mecanismos adicionales dirigidos a facilitar el acceso a la jubilación gradual y flexible y establecer restricciones adicionales a las formas anticipadas de jubilación.

2.4. La tercera fase del MAC en materia de pensiones: el MAC reforzado (2008-2010)

Después del periodo 2003-2007 dedicado a preparar la racionalización del MAC, en 2008 la Comisión propone un reforzamiento y consolidación del

MAC Social[50] de conformidad con los objetivos de la Agenda Social Renovada[51] y con las conclusiones del Consejo Europeo de Bruselas de marzo de 2008[52] a favor de una mayor integración de las políticas económicas, sociales y de empleo.

Pese a los buenos resultados que venía dando el MAC, la Comisión propone reforzar el MAC Social con vistas a mejorar y desarrollar "su visibilidad y sus métodos de trabajo, consolidando su interacción con las otras políticas de la UE, reforzando sus herramientas de análisis y su base de datos contratados y potenciando la responsabilidad de los Estados miembros mediante la evaluación *inter pares*, el aprendizaje mutuo y la implicación de todos los agentes pertinentes" para la realización de los objetivos comunes fijados. Concretamente propone que además de acordar indicadores, éstos se vean respaldados por metas cuantitativas más precisas con el fin de "ayudar a los Estados miembros a mantener su compromiso y a trabajar de forma más concreta hacia la realización de los objetivos comunes". En materia de pensiones sugiere adoptar una meta cuantitativa relativa a la reforma de los regímenes de pensiones relacionadas con la prestación de una renta mínima por medio de las pensiones, ya sean públicas o privadas.

Los objetivos del MAC Social reforzado en el ámbito de la protección social y la inclusión social son casi idénticos a los del MAC Social simplificado de 2005 si bien es cierto que, como se ha resaltado, la principal novedad destacable viene dada por la incorporación de indicadores globales y específicos para cada uno de los tres capítulos para asegurar el seguimiento de los progresos en la realización de los objetivos comúnmente definidos[53].

Pues bien, es en este contexto que los Estados miembros entregaron su segundo Informe de Estrategias Nacionales para la protección e inclusión social (2008-2010). Estos trabajos dieron lugar a un nuevo ciclo del MAC racionalizado en el ámbito de la protección social con la publicación de una nueva ola de Informes.

50 Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, "Un compromiso renovado en favor de la Europa social: reforzar el método abierto de coordinación en el ámbito de la protección social y la inclusión social", COM (2008) 418 final.

51 Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, "Agenda Social renovada: oportunidades, acceso y solidaridad en la Europa del siglo XXI" COM (2008) 412 final.

52 Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Bruselas del 13 y 14 de marzo de 2008.

53 ALONSO SECO, J. Mª.: *Política Social Europea,* Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2014, pág. 60.

El primero de ellos es el Informe conjunto sobre protección social e inclusión social de 2008[54] en el que entre los mensajes clave se destaca que las medidas y formas adoptadas han mejorado la incentivación del trabajo lo que se traduce en un aumento de la tasa de empleo de todas las categorías de trabajadores de más edad. Unido a una mejora de la productividad, ambos factores favorecen la consolidación de los sistemas de protección social en general y aseguran la sostenibilidad y adecuación de las pensiones. Se resalta que las reformas han emprendido el camino para promover el envejecimiento activo, aumentar la empleabilidad y reducir los sistemas de jubilación anticipada, flexibilizar la jubilación. No obstante, debe asegurarse de que los mercados de trabajo tengan la capacidad para ofrecer las oportunidades a sus activos más veteranos de permanecer o acceder de nuevo al mismo a través de carreras de cotización más largas y menos interrumpidas.

Para ello tales reformas deben complementarse con medidas de flexiguridad a lo largo del ciclo de vida para mejorar tanto la cantidad como la calidad de los empleos. Por otro lado, el endurecimiento de las condiciones para acceder a la jubilación acentúa la disminución de la generosidad de las futuras pensiones públicas lo que pone sobre la mesa la necesidad de observar la adecuación de estas. En este sentido el Informe insiste nuevamente en que una posible vía para solventar el problema de la adecuación consiste en lograr que trabajen más personas durante más tiempo y para ello se debe combatir el edadismo en el mercado de trabajo, promover el aprendizaje a lo largo de la vida y desarrollar los planes de pensiones privados complementarios.

En el Informe de 2009[55] la Comisión resalta la necesidad de reforzar la interacción entre las medidas a favor del crecimiento y el empleo y velar por que los sistemas de protección social cumplan su papel de estabilizadores automáticos. Con el fin de contrarrestar los efectos de la crisis en el empleo y sobre los sistemas de protección social, se llama a proseguir con la adopción de medidas tendentes en frenar la perdida de empleo. La capacidad de los países por cumplir el objetivo de la Estrategia de Lisboa de lograr una tasa de empleo del 50% para

54 Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, "Propuesta de informe conjunto sobre protección social e inclusión social (2008)" COM (2008) 42 final.

55 Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, "Propuesta de informe conjunto sobre protección social e inclusión social (2009)" COM (2009) 58 final.

los trabajadores de más edad sigue siendo primordial para asegurar la adecuación y la viabilidad de los sistemas de pensiones a largo plazo. En este sentido los Estados miembros muestran avances alentadores puesto que once países ya han superado el objetivo marcado. En respuesta al reto demográfico, el objetivo de las reformas de los sistemas se ha centrado fundamentalmente en aumentar la tasa de empleo de los trabajadores de más edad mediante el retraso de la edad de jubilación o la supresión de las posibilidades de abandono prematuro de la vida activa. No obstante, las mejoras en las tasas de empleo podrían verse amenazadas por la crisis económica. Por ello, pide que se preste especial atención a que no se recurra a las vías de salida anticipada como posible solución para contrarrestar el aumento del desempleo tal y como se había hecho en las décadas anteriores.

Por su parte, en el Informe conjunto sobre protección social e inclusión social de 2010[56], la Comisión centra su atención sobre las consecuencias sociales y las repercusiones a largo plazo de la crisis económica y financiera de 2008 sobre los regímenes de pensiones. Si bien menciona que los pensionistas se han visto menos afectados que las personas activas, le preocupa particularmente los recortes en los pagos en algunos países con elevadas tasas de pobreza. La crisis y la consiguiente desaceleración del crecimiento económico afectan a todos los tipos de sistemas de pensiones (bien sea de reparto o de capitalización) y podrían agravar el desafío del envejecimiento de la población.

Por último, para cerrar esta tercera parte del MAC debemos traer a colación el Informe conjunto sobre pensiones elaborado por el Comité de Política Económica y el Comité de Protección Social en mayo de 2010[57]. Este documento constituye un balance de los avances realizados durante la última década. Dado que el proceso de Lisboa había llegado a su fin, se trata fundamentalmente de detectar los logros conseguidos y los desafíos pendientes y así asegurar el éxito de la nueva Estrategia Europa 2020 que constituye el marco político diseñado para el periodo 2010-2020.

El Informe se ve acompañado de un anexo en el que se analiza el perfil y el desempeño individual de cada Estado miembro. En lo que concierne a España, particularmente afectada por el envejecimiento de la población y golpeada por

56 Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, "Propuesta de informe conjunto sobre protección social e inclusión social (2010)" COM (2010) 25 final.

57 Comité de Política Económica y Comité de Protección Social, *Informe conjunto sobre pensiones 2010*, 221924 -REV, Bruselas, 31 de mayo de 2010.

la crisis económica, la Comisión le sitúa entre los países que mayores esfuerzos deben acometer para garantizar la sostenibilidad y adecuación a largo plazo. El mayor motivo de preocupación de la Comisión radica en el aumento del gasto en pensiones proyectado que es superior a la media de la UE. Además, el fuerte impacto de la crisis económica sobre el mercado de trabajo español ha añadido una presión adicional por el extraordinario incremento del desempleo que se traduce en un menor número de cotizantes a la Seguridad Social y en un mayor número de prestaciones que abonar. A diferencia de otros informes, en éste la Comisión recomienda que se adopten medidas adicionales para mejorar las tasas de participación y empleo no solamente de los trabajadores de más edad o de las mujeres, sino que, con un 40% de paro juvenil, España debe potenciar sus esfuerzos para solucionar el problema alarmante del desempleo entre los activos más jóvenes. Por otro lado, pide a España respaldar sus medidas en materia de pensiones con reformas en el mercado laboral para animar a la gente a trabajar más tiempo. Y ya para terminar, entre los mensajes clave podemos destacar que un sistema de pensiones tan predominantemente público como el español, en el que la provisión privada es muy limitada, el informe anima al legislador español a emprender reformas para desarrollar los sistemas complementarios de pensiones con el fin de abrir posibilidades adicionales para que los futuros beneficiarios compensen las limitaciones a la provisión públicas a través de mayores ahorros.

3. LAS PENSIONES EN EL MARCO DE LA ESTRATEGIA EUROPA 2020

El comienzo de una nueva década marca también el inicio de un nuevo rumbo para la política europea. Europa 2020 es la estrategia de crecimiento de la UE para la próxima década. Sucede a la Estrategia de Lisboa y tiene como objetivo crear una economía social de mercado que sea "competitiva, innovadora, sostenible e integradora". Tiene como objetivo promover la sostenibilidad del modelo económico europeo de tres formas:

- Sostenibilidad económica, denominada "crecimiento inteligente": en un contexto de globalización y de cara a las economías emergentes, la economía europea debe basar su ventaja comparativa en la competitividad, la innovación y el conocimiento.
- Sostenibilidad social, denominada "crecimiento integrador": la estrategia Europa 2020 hace hincapié en el empleo, reforzando la participación, la formación y las competencias para la empleabilidad. Tam-

bién tiene como objetivo la plena igualdad entre mujeres y hombres en el empleo y la reducción de la pobreza;

- sostenibilidad medioambiental, denominada "crecimiento sostenible": el objetivo es asegurar la transición a un modelo económico con bajas emisiones de CO2 para luchar contra el cambio climático y crear nuevas fuentes de crecimiento económico.

En materia de pensiones, una especial atención ha sido acordada a éstas en el marco de la Estrategia Europa 2020 y empezó con la publicación de un Libro Verde sobre "en pos de unos sistemas de pensiones adecuados, viables y seguros en Europa" en 2010 y a continuación de un Libro Blanco sobre "Agenda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles" de 2012, sobre los que enseguida centraremos nuestro análisis.

3.1. El Libro Verde sobre sistemas de pensiones adecuados, viables y seguros de 2010.

En julio de 2010, la Comisión Europea publicó un Libro Verde titulado "en pos de unos sistemas de pensiones adecuados, viables y seguros en Europa"[58]. Como se ha dicho, la puesta en práctica del MAC tiene como elementos centrales al Libro Verde de 2010 y al Libro Blanco de 2012[59]. Por su parte, este Libro Verde llega al final de una década de reformas de los sistemas de pensiones como parte de una estrategia de coordinación abierta que, como hemos visto, comenzó en el año 2000 y que desde entonces ha sido objeto de varias olas de reformas en la UE.

Sea como fuere, tras una década de reformas, las instituciones europeas proponen revisar por completo el marco de la UE en materia de pensiones. Después de recordar que los Estados miembros son los responsables de diseñar sus sistemas de pensiones, y que no existe un modelo ideal con un diseño válido para todos, la Comisión afirma que la finalidad del Libro Verde es impulsar un debate y un proceso de reflexión conjunto sobre los principales retos a los que

58 Comisión Europea, *"Libro Verde, en pos de unos sistemas de pensiones europeos adecuados, sostenibles y seguros"*, SEC (2010) 830, COM (2010) 365 final, de 7 de julio de 2010.

59 APARICIO TOVAR, J.: "La Unión Europea ante las pensiones. Orientaciones para la sostenibilidad", *Op. Cit.* pág. 144.

se enfrentan los sistemas de pensiones y sobre la manera en que la UE puede ayudar a los países a ofrecer pensiones adecuadas y sostenibles[60].

El documento resalta la necesaria interconexión y las sinergias existentes entre las reformas de las pensiones, la Estrategia Europa 2020 y el Pacto de Estabilidad y Crecimiento. Para contribuir al éxito de la nueva estrategia, las reformas de las pensiones deben ser coherentes con los objetivos marcados en materia de empleo y sostenibilidad a largo plazo de las finanzas públicas. El objetivo de la estrategia de mejorar el mercado de trabajo con más y mejores puestos de trabajo son decisivos para consolidar derechos a pensión. El objetivo de alcanzar una tasa de empleo del 75% hace necesario mejorar las tasas de empleo de los trabajadores de más edad para alcanzar el objetivo. En este sentido, la Comisión critica que "menos del 50% de la gente sigue trabajando a la edad de 60 años", un resultado claramente insuficiente que va contra los objetivos de la Estrategia de Lisboa y de la Estrategia Europa 2020. Por otro lado, solventar las deficiencias de la adecuación de las pensiones contribuiría a alcanzar el objetivo marcado por Europa 2020 de combatir y reducir el riesgo de pobreza entre las personas mayores.

No obstante, la consecución de estos objetivos podría verse entorpecida por la crisis financiera y económica de 2008 que ha agravado y acelerado el problema subyacente del envejecimiento demográfico. Se reconoce que la desaceleración del crecimiento económico, el incremento de la deuda y del desempleo ha hecho más urgente las reformas en materia de pensiones para ajustar las prácticas de jubilación y la manera en que se adquieren los derechos a pensión. Por su parte, el Pacto de Estabilidad y Crecimiento ofrece el marco para hacer un seguimiento de las finanzas públicas, incluidos los sistemas de pensiones. Hace hincapié en la sostenibilidad financiera y refleja la necesidad de reforzar la contención de gastos tras el aumento de las presiones financieras por la crisis económica y financiera. Es importante señalar que el discurso mantenido a lo largo del documento es particularmente pesimista y alarmante. La crisis ha dado la señal de aviso con respecto a todas las pensiones, ya sean de reparto o de capitalización[61]. Se re-

60 Un resumen de las respuestas puede consultar en el documento de la Comisión Europea, *Summary of Consultation Responses to the Green Paper. Towards Adequate, Sustainable and Safe European Pension Systems,* Unión Europea, Bruselas, 2011 y para el análisis critico de éstas ver a CAIRÓS BARRETO, D. Mª.: "Las orientaciones europeas en materia de pensiones…", *Op. Cit.* págs. 223-227.

61 BARCELÓ FERNÁNDEZ, J.: "El reto de la prolongación de la vida activa y del retraso en la jubilación" en VV. AA. *"Estudios sobre seguridad social. Libro homenaje al profesor José Ignacio García*

conoce que "con las tendencias actuales, la situación es insostenible" y que "la crisis tendrá graves repercusiones sobre las futuras pensiones" por lo que "si no cambian las políticas, una consolidación fiscal será ineludible ante el horrible estado de las finanzas públicas y el insostenible aumento previsto de los niveles de deuda pública".

Como viene siendo habitual, el documento comienza por recordar los principales retos a los que se enfrentan los sistemas de pensiones actualizados con los últimos datos. Unos desafíos que permanecen invariables desde 1990 y que de manera sucinta podemos resumir como sigue:

- El envejecimiento demográfico: Se pone de manifiesto que el fenómeno demográfico se ve agravado con la llegada de las primeras cohortes de la generación del *baby boom* a la edad de jubilación. Por otro lado, debido al incremento de la esperanza de vida y las bajas tasas de natalidad, la población en edad de trabajar empieza a disminuir por lo que la tasa de dependencia se vuelve insostenible. Si actualmente hay cuatro personas en edad de trabajar para cada pensionista, se prevé que, en 2060, de mantenerse las previsiones, habrá tan solo dos.
- Cambios en el mercado de trabajo: la población activa cuenta con una vida laboral cada vez más corta y un periodo de jubilación más largo debido a que, por un lado, los cotizantes se incorporan más tarde por la prolongación de la etapa de formación y por otro lado, se accede a la jubilación a una edad más temprana a causa de la gestión de la edad que promueve la expulsión de los trabajadores de más edad.
- Transformaciones en la sociedad: el auge de familias monoparentales, parejas sin hijos, o de generaciones que habitualmente conforman el núcleo familiar (padres e hijos) viven alejados los unos de los otros, acarrea un recurso mayor a servicios de cuidados que antes se daban en el seno de la familia. Ello ejerce una presión adicional sobre la financiación del coste de la asistencia sanitaria y de los cuidados de larga duración.

Ninet", Atelier, Barcelona, 2017, pág. 581.

A continuación, se definen las prioridades para modernizar la política de pensiones en la UE. Para ello los objetivos globales presentados por el documento son la adecuación y la sostenibilidad de los sistemas de pensiones que configuran las dos caras de la misma moneda. No obstante, la balanza no está equilibrada. Sobre la adecuación, el Libro Verde recuerda que el propósito de los sistemas de pensiones es asegurar unos ingresos adecuados para el pensionista, sobre la base de una solidaridad intergeneracional. Pero para la Comisión la adecuación es claramente deficiente. Y ello porque las reformas recientes se centraron de manera prioritaria en mejorar la sostenibilidad financiera de los sistemas prestando poca atención a la adecuación. En consecuencia, se prevé que las tasas de reemplazo disminuyan lo que se traduce en que los beneficiarios verán mermadas las cuantías de sus futuras prestaciones de jubilación. Como posibles soluciones propuestas para solventar el problema de la adecuación, la Comisión desplaza la responsabilidad a los trabajadores y sugiere a los Estados miembros de adoptar medidas adicionales para que los futuros pensionistas puedan adquirir derechos complementarios bien sea mediante la prolongación de su vida activa (retrasando la edad de jubilación) y/o compensando la perdida de la parte de la pensión pública con el acceso a un plan de pensión complementario. Respecto al objetivo de sostenibilidad, en la misma línea que lo anterior, la Comisión recuerda que las finanzas públicas de los Estados miembros están sometidas a unas reglas de estabilidad económica dentro del marco del Pacto de Estabilidad y Crecimiento en el que se incluyen los sistemas de pensiones por el considerable peso que suponen para los gastos públicos. Pues bien, a pesar de reconocer que muchas reformas se centraron en limitar el aumento de gasto, para la Comisión nada es suficiente y "urge tomar más medidas (…) sobre todo en los países donde se prevé que el gasto público en pensiones sea elevado".

Partiendo de estas premisas el Libro Verde se centra a continuación en el desarrollo de tres objetivos centrales: lograr un mejor equilibrio entre los períodos de trabajo y de jubilación, eliminar los obstáculos a la movilidad en la UE y garantizar la seguridad y la transparencia mediante una mejor concienciación e información a los beneficiarios. Y para cada uno de ellos, se hace una serie de propuestas para afrontar los retos a corto y largo plazo para la protección de la vejez en Europa. La Comisión subraya el impacto de la edad media de abandono del mercado de trabajo sobre la tasa de dependencia de la vejez y advierte que una dolorosa combinación de reducción de prestaciones y aumento de cotizaciones sería inevitable si el aumento de la tasa de dependencia de la vejez no se

ve acompañada de medidas para prolongar la vida profesional. La introducción de un sistema de ajuste automático para aumentar la edad legal de jubilación, alineándolo con la evolución futura de la esperanza de vida se presenta como "una opción de actuación prometedora para fortalecer la sostenibilidad de los sistemas de pensiones". La mayor responsabilidad individual resultante de las reformas implica, según el documento, que la futura adecuación de las pensiones se basará en las oportunidades del mercado de trabajo y los rendimientos ofrecidos por los mercados financieros.

Por último, el Libro Verde también focaliza su atención sobre el rendimiento de los fondos de pensiones y la necesidad de una regulación más eficaz y una mejor gobernanza para reducir los costes y riesgos para los beneficiarios[62]. Sin embargo, en comparación con comunicaciones anteriores, debemos subrayar que por primera vez la Comisión matiza su discurso sobre los sistemas de financiación privada que ya no se presentan en si mismos como una respuesta segura a los problemas. Los fondos de pensiones se han visto fuertemente golpeados por la crisis y esto ha demostrado su potencial debilidad. Apoyándose sobre un estudio de la OCDE[63], los sistemas de capitalización han visto las tasas de rendimiento y la solvencia afectados por las caídas de los tipos de interés y los valores de los activos. En consecuencia, los fondos de pensiones privados perdieron más del 20% de su valor en 2008 y, a pesar de la recuperación de 2009, muchos todavía están lejos de volver a los niveles de solvencia requeridos. Por el contrario, se resalta la solidez de los esquemas públicos de reparto para amortiguar los efectos de la crisis. Las pensiones públicas han demostrado ser decisivas en la protección de las personas mayores "puesto que cuentan con unos ingresos seguros de las pensiones públicas, a las que, en general, se ha dejado desempeñar su papel de

62 Al respecto ver MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ BERNAT, J. A.: "Los planes y fondos de pensiones en el contexto de la reforma de los sistemas de protección social: ¿continuidad o renovación?", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº31, 2012, pág. 26-84 en donde los autores afirman con razón que la publicación del Libro Verde es una muestra de esta preocupación de la UE por alentar a los Estados miembros a tomar medidas para relanzar los planes y fondos de pensiones. Prueba de ello, de las catorce preguntas que se plantean a lo largo del documento para responder, ocho se refieren específicamente al marco legal de los planes complementarios privados, en particular al control de su solvencia o la transferibilidad de derechos de un Estado miembro a otro.

63 ANTOLÍN, P. y STEWART, F.: "Private Pensions and Policy Responses to the Financial and Economic Crisis", *OECD Working Papers on Insurance and Private Pensions*, nº36, OECD publishing, 2009.

estabilizadores automáticos, los actuales pensionistas han sido de los menos afectados hasta ahora por la crisis".

En definitiva, el Libro Verde ofrece un enfoque holístico del debate sobre las pensiones al tiempo que subraya la interdependencia de los objetivos de adecuación y viabilidad. Por un lado, la sostenibilidad financiera de los sistemas refleja la necesidad urgente de reforzar la contención de gastos públicos a raíz del aumento de las presiones financieras por la crisis económica y financiera. Por otro lado, se señala la necesidad de solventar las deficiencias en la adecuación de las prestaciones, que se han hecho especialmente evidentes desde la crisis. Y, por último, si bien es cierto que la sostenibilidad financiera sigue predominando, no es menos cierto que la preocupación por la adecuación de las prestaciones, aunque con menor atención, ha crecido.

Y es que echamos en falta que el Libro Verde haga alguna mención sobre el fortalecimiento del primer pilar. La ausencia de una evaluación más profunda de los resultados de las reformas de las pensiones plantea riesgos limitando el análisis de soluciones a los retos futuros. El primer y más evidente efecto de las reformas es la contención del gasto público y la futura reducción de los derechos de pensiones. La generosidad del primer pilar está disminuyendo como consecuencia de las medidas adoptadas y de las características del contexto socioeconómico (mercado laboral más flexible). En algunos países las pensiones públicas caerán en las próximas décadas con el consiguiente aumento de las brechas en la adecuación. Los efectos de los recortes no se distribuyen por igual entre los diferentes grupos económicos. Es muy probable que los trabajadores con relaciones laborales atípicas que afectan a las mujeres, jóvenes o migrantes se vean más afectados. Este es un problema que el Libro Verde no aborda.

3.2. El Libro Blanco sobre pensiones adecuadas, seguras y sostenibles de 2012.

Como continuación al Libro Verde de 2010 y a la consulta pública, en febrero de 2012, la Comisión Europea publicó el Libro Blanco titulado "Agenda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles"[64]. Si el principal objetivo del Libro Verde era iniciar un debate sobre los desafíos socioeconómicos relacionados con los sistemas de pensiones y sobre el papel de la UE en términos de apoyo y de vigilancia a los Estados miembros, el Libro Blanco viene a culminar el

64 Comisión Europea, "Libro Blanco. Agenda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles", COM (2012) 55 final, de 16 de febrero de 2012.

proceso proponiendo una serie de estrategias a nivel europeo y recomendaciones a cada país. De hecho, por sus propuestas, el Libro Blanco constituye uno de los documentos de la UE sobre pensiones que más polémica y debate ha causado entre la doctrina científica[65]. Como se ha dicho, su objetivo no es otro que el de orientar los instrumentos políticos de la UE para respaldar las medidas adoptadas por los Estados miembros por reformar sus sistemas de pensiones proponiendo una serie de iniciativas que van "desde la legislación de incentivos financieros hasta la coordinación de políticas y el seguimiento de los progresos hacia los objetivos definidos en el marco de la Estrategia Europa 2020"[66].

Su publicación coincide con el inicio del 2012: Año Europeo del Envejecimiento Activo y la Solidaridad Intergeneracional"[67], lo que muestra la gran preocupación de la UE por el envejecimiento de su población. Pero, también sale a la luz en un período de crisis, agravado por la presión de los mercados financieros y los fuertes impactos sobre los sistemas de pensiones con severas reducciones en las cuantías de las prestaciones. A pesar de haber sido publicado hace ya una década, su contenido sigue todavía plenamente válido y vigente. Actualmente sus propuestas guían las posibles recomendaciones específicas sobre las reformas de los sistemas de pensiones que emiten la Comisión y el Consejo a los países en el marco del Semestre Europeo.

El Libro Blanco abre su análisis con una frase que resume a la perfección el mensaje clave del documento y que sentencia que "el envejecimiento de la población es un reto importante para los sistemas de pensiones en todos los

65 Para un análisis crítico del Libro Blanco ver PANIZO ROBLES, J. A. y PRESA GARCÍA-LÓPEZ, R.: "La reforma de las pensiones en el ámbito de la Unión Europea. (A propósito del Libro Blanco "Agenda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles)", *Foro de Seguridad Social*, nº25, 2012, págs. 8-31; BRAVO FERNÁNDEZ, C. y MARTÍN SERRANO JIMÉNEZ, E.: "Las reformas de pensiones en Europa: alternativas negociadas vs. el modelo del Libro Blanco", *Lan Harremanak*, nº26, 2012, págs. 75-97; DE LA FUENTE, M.: "Pensiones dignas. Análisis del Libro Blanco sobre pensiones adecuadas, seguras y propuestas para un sistema vasco de pensiones", *Estado europeo de bienestar: retos para Euskadi en el siglo XXI*, 2013, págs. 55-73; APARICIO TOVAR, J.: "La sostenibilidad como excusa para una reestructuración del sistema de la Seguridad Social", *Cuadernos de Relaciones Laborales*, Vol. 33, núm. 2, 2015, págs. 289-309.

66 CAMÓS VICTORIA, I.; GARCÍA DE CORTAZAR, C y SUÁREZ CORUJO, B.: *La reforma de los sistemas de pensiones en Europa. Los sistemas de pensiones de países Bajos, Dinamarca, Suecia, Reino Unido, Italia, Francia y Alemania vistos desde España,* Ediciones Laborum, Murcia, 2017, pág. 32-33.

67 Decisión nº940/2011/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de septiembre de 2011 sobre el Año Europeo del Envejecimiento Activo y de la Solidaridad Intergeneracional (2012). Diario Oficial de la Unión Europea, núm. L 246/5, de 23 de septiembre de 2011.

Estados Miembros. A menos que las mujeres y los hombres, ya que viven más tiempo, también prolonguen su vida laboral y ahorren más en vistas a la jubilación, no es posible garantizar unas pensiones adecuadas, ya que el incremento del gasto sería insostenible". El tono está marcado.

El documento comienza por exponer los retos ante los que se enfrentan los sistemas de pensiones europeos que podemos resumir de la siguiente forma:

- Garantizar la sostenibilidad financiera de los sistemas de pensiones: Este es el gran desafío de la UE pues en opinión de las instituciones europeas las pensiones representan un peso muy elevado sobre el gasto público. Del actual 10% se prevé que alcance el 12,50% en 2060 lo que evidencia la necesidad de replantear los sistemas de pensiones. No obstante, subraya que, aunque los Estados miembros afrontan problemas demográficos similares, la situación varia considerablemente de un país a otro.
- Mantener la adecuación de las prestaciones por jubilación: Siempre después del enfoque económico, aparece un atisbo de luz sobre la parte más social y humana del discurso: la adecuación. La Comisión reconoce que las pensiones públicas constituyen la principal fuente de ingresos en la vejez de sus europeos que les permite disfrutar de un nivel de vida adecuado y tener independencia económica. No obstante, quedan lagunas para algunos colectivos como las mujeres mayores para las cuales el 22% vive por debajo del umbral de pobreza. Además, ante las últimas modificaciones se espera que las tasas de reemplazo se reduzcan en el futuro por lo que, para solventar esta deficiencia en la adecuación de las pensiones públicas, se aporta la solución de trabajar hasta una edad superior o constituir ahorros a través planes profesionales y privados complementarios.
- Aumentar la participación en el mercado de trabajo de las mujeres y los trabajadores de más edad: El éxito de cumplir con el objetivo de la Estrategia Europa 2020 en materia de empleo depende en gran medida de que se ofrezca a los trabajadores y a las trabajadoras mayores más y mejores oportunidades para permanecer y/o reincorporarse en el mercado de trabajo, fomentar el aprendizaje a lo largo de la vida, adoptar políticas rentables destinadas a conciliar la vida laboral, privada y familiar, tomar medidas para contribuir al envejecimiento

saludable y luchar contra las desigualdades de genero y la discriminación por edad.

- El papel de los Estados miembros y la UE en materia de pensiones: A pesar de que los responsables del diseño y organización de sus sistemas de pensiones son los Estados miembros, el Libro Blanco reitera que según el TFUE (art. 153), la UE apoyará y completará la acción de los EM en el ámbito de la protección social y en la definición y ejecución de sus políticas. No obstante, la Comisión es consciente de su influencia y admite que muchas competencias e iniciativas políticas de la UE afectan a los sistemas y políticas nacionales de pensiones. De este modo se reconoce que las pensiones, que desempeñan un papel esencial ayudando a los ciudadanos de la UE, constituyen también una de las mayores partidas de gasto público y, por tanto, un asunto que preocupa a todos los Estados miembros, a lo que nos gustaría añadir ¿o que preocupa y ocupa sobre todo a la Comisión Europea de la UE?

Pues bien, basándose en las orientaciones clave para las reformas de las pensiones definidas en los Estudios Prospectivos Anuales sobre el Crecimiento de 2011 y 2012[68], la Comisión establece dos grandes ejes de trabajo sobre los que deben pivotar las reformas para lograr la adecuación y sostenibilidad de los sistemas de pensiones.

Por una parte, garantizar un equilibrio entre el tiempo de vida laboral y el tiempo de jubilación. Para ello la Comisión recomienda cuatro medidas de reformas:

La primera, vincular la edad de jubilación a los aumentos de la esperanza de vida. La Comisión constata que las personas pasan un tercio de su vida en la jubilación, y con la previsión de los futuros aumentos de la esperanza de vida, urge cambiar las políticas para revertir esta proporción insostenible. Por ello estima que debe mantenerse durante mayor tiempo a las personas en el mercado de trabajo. Como solución propone retrasar la edad legal de jubilación vinculándola a los aumentos de la esperanza de vida y/o exigir un mayor número de años

68 COM 2011, 11 final, de 12 de enero de 2011 y COM 2011, 815 final, de 23 de noviembre de 2011. Para un análisis crítico de los Estudios Prospectivos Anuales sobre el Crecimiento ver MORENO ROMERO, F.: "Trabajadores de mayor edad en la política institucional de la Unión Europea…", *Op. Cit*. págs. 132-144.

de cotización necesarios para tener derecho a la pensión completa. Cualquier reforma en este sentido ayudaría a estabilizar el equilibrio entre los años de vida laboral y los años de jubilación, no para el bienestar de los pensionistas sino para conseguir ahorros presupuestarios de más de la mitad del incremento previsto en el gasto en pensiones para los próximos cincuenta años. Nos hallamos aquí ante la primera de las medidas que más polémica ha suscitado.

La segunda, restringir el acceso a los planes de jubilación anticipada: esta medida es complementaria a la anterior. La Comisión entiende con razón que no tendría sentido ni éxito aumentar la edad de jubilación si no se restringen las posibilidades injustificadas de jubilación anticipada. Si esta medida puede parecer injusta e insolidaria para los colectivos de trabajadores que desempeñan oficios penosos o peligrosos, el Libro Blanco propone como alternativa a la jubilación anticipada, la promoción de la movilidad laboral.

La tercera, favorecer la prolongación de la vida laboral: las dos medidas anteriores deben ir respaldadas por otras que permitan a las personas prolongar su permanencia en el mercado de trabajo, a través de disposiciones adecuadas en materia de salud, lugar de trabajo y empleo. El Libro Blanco destaca la importancia de invertir en la prevención de enfermedades, en el fomento del envejecimiento saludable y activo, la promoción de la salud y seguridad en el trabajo, el acceso al aprendizaje a lo largo de la vida, la adaptación de los lugares de trabajo a las necesidades de los trabajadores de mas edad y el desarrollo de condiciones de trabajo más flexibles para compaginar trabajo y jubilación parcial.

La cuarta y última del primer eje, acabar con las diferencias entre hombres y mujeres en materia de pensiones: En el momento en que se publicó el Libro Blanco, treces países mantenían edades distintas de jubilación para hombres y mujeres. La Comisión pide a estos países igualar la edad de acceso entre sexos. Además, debe erradicarse las diferencias en las relaciones laborales bien sea con el empleo, los salarios, las cotizaciones, las interrupciones de carreras profesionales y el trabajo a tiempo parcial para dedicarse al cuidado de personas dependientes. Las desigualdades en las pensiones no son más que el reflejo y el resultado de las desigualdades en el mercado de trabajo.

Por otra parte, el segundo eje de las recomendaciones gira en torno a la necesidad de promover y desarrollar los planes de ahorro privados complementarios de jubilación. Estamos ante otra de las medidas que más ruido ha producido sobre

todo en aquellos países en los que el sistema de pensiones es fundamentalmente de reparto. La Comisión entiende que los planes de ahorro complementarios deben desempeñar un papel más importante a la hora de garantizar la futura adecuación de las pensiones. En este sentido, pide a los Estados miembros adoptar las medidas necesarias para mejorar la rentabilidad, la seguridad y el acceso igualitario a los planes de pensiones complementarios. Para ello, afirma que la fiscalidad, los incentivos financieros, así como la negociación colectiva desempeñan un papel fundamental en este sentido. Reconoce que la crisis ha puesto de relieve la vulnerabilidad de los planes de pensiones de capitalización en periodos de crisis, pero la UE tiene competencias legislativas en este ámbito a través de dos Directivas[69] que pretende revisar con el fin de facilitar aún más la actividad fronteriza de los fondos de pensiones de empleo y modernizar su supervisión. Además, es necesario mejorar la calidad de los productos financieros en relación con los planes de ahorro individuales de jubilación que no están vinculados al empleo, como los planes del tercer pilar y otros productos financieros utilizados para complementar los ingresos en la vejez. También es necesario mejorar la información al consumidor y la protección de este para aumentar la confianza de los trabajadores y los inversores en los productos financieros en relación con los planes de ahorro de jubilación.

Pues bien, parte de la doctrina ha considerado estas medidas de la Comisión Europa como "absolutamente rechazables"[70] y que es "más conveniente buscar alternativas negociadas frente al modelo promovido por el Libro Blanco"[71].

Una primera critica general versa sobre la perspectiva mantenida por el Libro Blanco que adopta un enfoque macroeconómico de las pensiones, dejando de lado la finalidad social de las pensiones[72]**.** En el Libro Blanco se dice que las reformas de los sistemas de pensiones y las prácticas de jubilación son fundamentales para mejorar las perspectivas de crecimiento de Europa. No obstante, este criterio eminentemente económico trata el problema de una forma parcial y no integral. Por ello consideramos que habría resultado más adecuado tratar

69 La directiva relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario Directiva 2008/94/CE y La directiva relativa a las actividades y la supervisión de fondos de pensiones de empleo. Directiva 2003/41/CE.

70 DE LA FUENTE, M.: "Pensiones dignas. Análisis del Libro Blanco sobre pensiones adecuadas, seguras y propuestas para un sistema vasco de pensiones", *Op. Cit.* pág. 58.

71 BRAVO FERNÁNDEZ, C. y MARTÍN SERRANO JIMÉNEZ, E.: "Las reformas de pensiones en Europa…" *Op. Cit.* pág. 89.

72 Ibídem, pág. 90.

la adecuación y sostenibilidad de los sistemas pensiones con un paradigma que sitúa a la persona humana en el corazón del sistema. En esta misma línea querríamos resaltar que en el Libro Blanco la dimensión social de Europa brilla por su ausencia. Se nota que los Informes conjunto sobre protección y exclusión social del MAC han tenido poca relevancia -por no decir nula- para la elaboración del documento. De hecho, es sorprendente ver como no se hace mención alguna al MAC social. Por el contrario, la dimensión económica es omnipresente a través de las Estudios Anuales de Crecimiento y el Semestre Europeo que parecen ser ahora los instrumentos de predilección de la UE en materia de pensiones. Una prueba más de que la dimensión social de Europa sigue subordinada a la gobernanza económica y a los objetivos económicos y financieros de la UE y la austeridad propuesta para los Estados miembros.

Con respecto a la medida sobre el incremento de la edad legal de jubilación y su vinculación con la esperanza de vida no parece observarse la desigualdad de la esperanza de vida una vez alcanzada la jubilación según la penosidad y peligrosidad de los oficios desempeñados durante su vida profesional. En efecto es criticable que el incremento de la edad de jubilación obvie la desigualdad en la esperanza de vida entre las diferentes clases socioeconómicas y categorías profesionales. En esta misma línea, más que tomar en cuenta el factor de la esperanza de vida para establecer una edad de jubilación, creemos que sería más oportuno tomar como referencia la esperanza de vida gozando de buena salud. El aumento de la esperanza de vida no conlleva automáticamente una prolongación de los años con un buen estado de salud. Hay que tener en cuenta que estos indicadores pueden variar considerablemente en función del entorno en el que se vive. Este dato resulta significativo a la hora de formular políticas y adoptar medidas que tienden a la prolongación de la vida laboral o a retrasar la edad de jubilación. En efecto, si el aumento de la esperanza de vida se ve respaldado por un mayor numero de años en buena salud, esto conlleva un aumento de una mano de obra de la que puede aprovecharse el mercado laboral disponiendo de trabajadores aptos y capaces de permanecer activos durante más tiempo. De lo contrario, si los años adicionales se viven en mala salud, la medida resultaría ineficaz e incluso podría resultar más costosa para las arcas de la Seguridad Social en tanto en cuanto, con las limitaciones que supondría en sus capacidades, los trabajadores se verían casi obligados a acceder a algún plan de jubilación anticipada o alguna incapacidad.

Sobre el objetivo de aumentar la participación en el mercado de trabajo de las mujeres y los trabajadores de más edad, DE LA FUENTE, califica esta medida ineficaz cuando en paralelo se busca "la flexibilización del mercado laboral, la facilitación de las causas de despido y la reducción de las indemnizaciones" lo que no ayuda a contrarrestar las prácticas de las empresas tendentes en despedir a los trabajadores de más edad para sustituirlos por otros más jóvenes con peores condiciones laborales. Por el contrario, "lo que si va a producir es una reducción de las pensiones de quienes pierden el trabajo, sobre todo si empeoran las prestaciones de prejubilación"[73].

Sobre el desarrollo de las fórmulas privadas de pensión, no se entiende el protagonismo otorgado a estas cuando en el Libro Verde y el propio Libro Blanco se pone de manifiesto que también se verán afectadas por el envejecimiento demográfico. Además, tampoco se entiende que se defienda su extensión y desarrollo cuando se ha detectado su vulnerabilidad ante los ciclos económicos desfavorables y que por la volatilidad de los mercados financieros "el impacto de la crisis ha sido más temprano e intenso en los sistemas privados de pensiones basados en la capitalización"[74]. SÚAREZ CORRUJO, explica que "el presupuesto para la atribución de este protagonismo a la iniciativa privada en este campo son los recortes que afectan a la cuantía de las pensiones públicas"[75]. Se ha criticado que el Libro Blanco no prestara la suficiente atención a valorar los "efectos negativos que puede generar en términos de pobreza, y sobre todo, la nula atención que merece el agravamiento de la desigualdad"[76]. Sus esfuerzos no deberían centrarse tanto en afianzar los sistemas de capitalización sino en buscar vías para reforzar la adecuación de los sistemas públicos de pensiones de reparto y más aún cuando la propia Comisión ha reconocido que éstos últimos habían resistido mejor a la crisis de 2008. También se ha reprochado que el discurso mantenido en el Libro Blanco "contribuye a debilitar los sistemas públicos de pensiones, enviando a los ciudadanos europeos un mensaje de total desconfianza

73 DE LA FUENTE, M.: "Pensiones dignas. Análisis del Libro Blanco sobre pensiones adecuadas, seguras y propuestas para un sistema vasco de pensiones", *Op. Cit.* pág. 61.

74 BRAVO FERNÁNDEZ, C. y MARTÍN SERRANO JIMÉNEZ, E.: "Las reformas de pensiones en Europa…" *Op. Cit.* pág. 91.

75 SÚAREZ CORRUJO, B.: "Sostenibilidad de los sistemas de seguridad social en España y en la Unión Europa" en GARRIDO PEREZ, E. y SÁNCHEZ RODAS NAVARRO, C. (Coords.): *Protección social en España, en la Unión Europea y en el Derecho Internacional*, Laborum, Murcia, 2017, pág. 301.

76 SUÁREZ CORUJO, B. y DESDENTADO BONETE, A.: *"El sistema público de pensiones: crisis, reforma y sostenibilidad*", Lex Nova, Thomson Reuters, 2014, pág. 221.

sobre los mismos"[77]. No parece aceptable que asegurar la adecuación de las prestaciones pase solamente por hacer que la gente tenga que trabajar más tiempo o constituya un plan de ahorro. En nuestra humilde opinión, plantea un problema con el principio de solidaridad para aquellos que no tienen ni la oportunidad ni la capacidad. Quizás deba tenerse presente que los que más necesidad tienen de reforzar la adecuación de sus pensiones son los que están más propensos a vivir bajo el umbral de pobreza y paradójicamente son los que menos posibilidades tienen de mantenerse activos por dedicarse generalmente a oficios poco cualificados y que con sus condiciones laborales cuentan con poca capacidad de ahorro. En este sentido, APARICIO TOVAR critica que no se tuviera en cuenta las políticas de austeridad imperantes durante los años más fuertes de la crisis, y que tuvieron como consecuencia una devaluación salarial, especialmente en los países del sur de Europa, en los que "la capacidad de ahorro de la mayoría de la población es muy pequeña por no decir nula, por lo que los fondos de pensiones quedan restringidos a una minoría con rentas más altas. Cuando existe pobreza laboral es un sarcasmo presentar como alternativa los fondos de pensiones de capitalización"[78]. Entre sus conclusiones el profesor afirma de manera rotunda que poner en marcha en nuestro país las recomendaciones del Libro Blanco promovidas por la Comisión Europea, sobre todo aquellas tendentes en introducir fórmulas de capitalización como vías de financiación de los sistemas públicos de pensiones para instaurar un modelo mixto de pensiones, podría acarrear una modificación de nuestro sistema de Seguridad Social que plantearía evidentes problemas de legalidad y constitucionalidad[79].

3.3. La preocupación por la adecuación de las pensiones

Los objetivos y recomendaciones definidas en el Libro Blanco no han cambiado apenas durante el periodo 2012-2020, sino que han mantenido una línea de continuidad hasta hoy. Así lo confirma el último Informe Conjunto sobre Pensiones 2019[80], en el que se reitera que los sistemas de pensiones europeos se

77 ERRANDONEA ULAZIA, E.: "Sistema español de pensiones…" *Op. Cit.* pág. 103.

78 APARICIO TOVAR, J.:"La sostenibilidad como excusa para una reestructuración del sistema de la Seguridad Social", *Op. Cit*. pág. 306.

79 APARICIO TOVAR, J., "La Unión Europea ante las pensiones. Orientaciones para la sostenibilidad", *Op. Cit.*: "No cabe duda de que hay un intento explicito de modificar en profundidad los sistemas de seguridad social en Europa haciéndolos irreconocibles, pero eso, hay que adelantar, tiene graves problemas para superar las pruebas de constitucionalidad". pág. 136.

80 Comisión de Política Económica y Comisión de Protección Social, *Join Paper on Pensions 2019*,

afrontan a un doble reto: por una parte, asegurar la sostenibilidad financiera y por otra parte, garantizar a sus beneficiarios unos ingresos adecuados durante la vejez. Ambos constituyen las dos caras de la misma moneda.

De la misma manera que lo hacía el Libro Blanco, este Informe de 2019 parte de la base de que el envejecimiento demográfico constituye una amenaza para la sostenibilidad financiera de los sistemas de pensiones. No obstante, también refleja una preocupación por la adecuación de las pensiones. Al respecto señala que la adecuación de las pensiones se mide por: 1) su capacidad para prevenir la pobreza, 2) el grado en que reemplazan los ingresos anteriores del trabajo y 3) su capacidad para realizar ambos elementos durante toda la duración de la jubilación. En 2016, cerca de 17,3 millones o el 18,2% de las personas mayores (de 65 años o más) en la UE seguían en riesgo de pobreza o exclusión social. Esto son 1,9 millones menos que en 2008.

Como continuación a las líneas definidas en el Libro Blanco, las orientaciones comunitarias en materia de protección social han sido refundidas a raíz de las decisiones adoptadas en la Cumbre Social Europea, celebrada en Gotemburgo (Suecia) en noviembre de 2017, en la que se adoptó el Pilar Europeo de Derechos Sociales en el que se redefinen los derechos sociales de los ciudadanos europeos, a través de veinte principios, divididos en tres categorías:

- Igualdad de oportunidades y de acceso al mercado de trabajo.
- Condiciones de trabajo justas.
- Protección e inclusión social.

En esta última categoría el Pilar Europeo dedica un principio a las "Pensiones y prestaciones de vejez", en el que se establece que "los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia tienen derecho a recibir una pensión de jubilación acorde a sus contribuciones que garantice una renta adecuada. Las mujeres y los hombres deben tener las mismas oportunidades para adquirir derechos de pensión. Toda persona tiene derecho a los recursos que garanticen una vida digna en la vejez".

En este sentido, en materia de pensiones el Pilar Europeo de Derechos Sociales propone consagra como derechos sociales de los ciudadanos europeos la realización de los principios de contributividad, suficiencia, igualdad y uni-

Bruselas, 22 de enero de 2020.

versalidad. A su vez, la realización de esos principios exige hacer compatible la sostenibilidad financiera de los sistemas de pensiones con la adecuación de su cuantía.

Así pues, respondiendo al mandato del artículo 153.1 c) TFUE, las instituciones europeas han seguido apoyando y complementando la acción de los Estados miembros en materia de Seguridad Social y protección social. Después del Libro Blanco, los instrumentos institucionalizados para apoyar esta acción se han llevado a cabo a través de dos tipos de estudios.

Por un lado, desde 2009, cada tres años, la Comisión de Política Económica elabora un Informe sobre el Envejecimiento en el que se analiza estudia país por país, el desafío que plantea el envejecimiento de la población sobre la sostenibilidad fiscal en general y sobre el gasto público en pensiones en particular, mediante la realización de diversas proyecciones y análisis comparativos en esta materia.

Por otro lado, como complemento a los Informes sobre Envejecimiento, desde 2012, cada tres años también, la Comisión de Protección Social elabora un Informe sobre la Adecuación de las pensiones con el fin de analizar y supervisar el grado en que las pensiones proporcionan a las personas mayores ingresos adecuados y una protección contra la pobreza en un contexto de envejecimiento demográfico, un mercado laboral cambiante y reformas de los sistemas de pensiones.

Durante la última década, muchos Estados miembros han adoptado reformas en materia de pensiones. Sin embargo, se han detectado cambios en las reformas introducidas anteriormente. Como ha señalado un Informe de 2016[81], la intensidad de las reformas fue particularmente intensa durante el periodo 2000-2015, especialmente durante el periodo de crisis económica de 2008-2009 y el posterior periodo de recuperación hasta 2014. En la gran mayoría de los casos los países implementaron cambios paramétricos. Por un lado, se han endurecido los requisitos de elegibilidad para acceder a la pensión (retraso edad de jubilación, incremento de los años de cotización para acceder o el cálculo de la prestación, etc.) y por otro lado, se han introducido mecanismos de ajustes automáticos en los parámetros clave de las pensiones (edad de jubilación, cuantía

81 CARONE, G; ECKEFELDT, P.; GIAMBONI, L.; LAINE, V. y PAMIES SUMNER, S.: *Pension Reforms in the EU since the Early 2000's: Achievements and Challenges Ahead*, European Economy Discussion Paper 042, Luxembourg: Publications Office of the European Union, December 2016.

de la prestación) a las presiones demográficas (incremento en la esperanza de vida o en la tasa de dependencia). Las reformas llevadas a cabo hasta la fecha se han realizado desde la perspectiva de las finanzas públicas. Como consecuencia, según el Informe sobre Envejecimiento de 2015[82], se prevé que el gasto público en pensiones en 2060 sea el mismo que en 2013, es decir, del 11%. Si el gasto público promedio para 2060 se mantiene en el mismo nivel que el de 2013 a pesar del fuerte incremento de beneficiarios en las próximas décadas, esto solo nos indica que el pilar público de pensiones se debilita.

No obstante, a partir de 2015, la dinámica general de las reformas en materia de pensiones ha cambiado. El impulso de las reformas ha disminuido e incluso en varios Estados miembros se han revertido parcial o totalmente las reformas adoptadas en los años anteriores. Ha sido el caso en varios países del Este como Hungría o Polonia que revirtieron las reformas operadas sobre los planes de pensiones de capitalización privado ante las dificultades de éstos por reducir el déficit y la deuda publica. En el caso de España, primero se pospuso y luego suspendió la aplicación del índice de revalorización de las pensiones y el factor de sostenibilidad. Ello demuestra que la sostenibilidad conseguida con las reformas anteriores debe ser acompañadas por otras medidas para salvaguardar la adecuación de las pensiones.

Durante los años de crisis y poscrisis, muchos países han implementado reformas en sus sistemas de pensiones para asegurar su sostenibilidad financiera y que a la postre se traduce en una disminución considerable de la generosidad de las pensiones. Los Informes sobre Adecuación indican que la tasa de reemplazo disminuirá entre un 5 y un 15% según los Estados miembros. Ello ha puesto en evidencia la necesidad de poner sobre la mesa el problema de la sostenibilidad social de las pensiones, es decir su adecuación. En un contexto de crisis y presión económica los Estados miembros han centrado sus esfuerzos por mejorar la viabilidad financiera de sus sistemas, desatendiendo su repercusión sobre la suficiencia y adecuación de las prestaciones. No obstante, la dinámica cambió como muestra de la llegada de tiempos más favorables, con crecimiento económico y con oportunidades por la relajación de las presiones fiscales.

Las soluciones propuestas por la UE para mejorar las prestaciones tampoco han variado. Se espera que estas reducciones se compensen con la prolongación

82 Comisión Europea, *The 2015 Ageing Report. Economic and budgetary projections for the 28 EU Member States (2013-2060)*, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2015.

de la vida laboral y el desarrollo del segundo y tercer pilar. No obstante, centrar los esfuerzos en el desarrollo de otros pilares que no sea el primero público de reparto, los poderes públicos trasladan parte de su responsabilidad en asegurar la adecuación de las prestaciones, a sus ciudadanos (trabajadores y empresarios). Los futuros beneficiarios deberán asumir una mayor responsabilidad y parte de riesgos particulares si quieren alcanzar los niveles de los pensionistas actuales. En general la adecuación de las prestaciones se ha vuelto más dependiente de la posibilidad de llevar a cabo vidas laborales más largas, menos interrumpidas y con planes de pensiones complementarios que dependen de sus rendimientos y de la volatibilidad de los mercados financieros. No obstante, ello no parece estar en consonancia con las realidades de un mercado laboral cambiante que se caracteriza por un incremento de los empleos atípicos. Además, plantea un problema de solidaridad para aquellos que no pueden tener carreras de cotizaciones suficientemente largas o capacidad de ahorro suficiente para su jubilación.

Por último, hay que señalar que los Informes señalan que la edad de salida del mercado laboral sigue siendo inferior a la edad legal de jubilación e incluso en algunos casos inferior a la edad de jubilación anticipada porque la realidad del mercado laboral sigue utilizando las prestaciones por desempleo y/o de incapacidad como vías para expulsar a los trabajadores de edad del mercado laboral. Por tanto, de nada sirve promover la prolongación de la vida profesional si el mercado laboral no da las oportunidades a los trabajadores mayores. En este sentido, deberían centrarse los esfuerzos en adoptar medidas en el mercado de trabajo para mejorar su capacidad para mantener a los trabajadores veteranos adoptando políticas de envejecimiento activo, adaptación de las condiciones y puestos de trabajo, inversión en empleabilidad y aprendizaje a lo largo de la vida laboral y medidas para asegurar la salud y seguridad de los trabajadores con el fin de mantener sus capacidades.

LIMITACIONES DE LOS MODELOS DE SEGURO SOCIAL EN AMÉRICA LATINA Y LINEAMIENTOS DE SOLUCIÓN POST COVID-19

LEOPOLDO GAMARRA VÍLCHEZ

Magíster en Economía y Relaciones Laborales por la Pontificia Universidad Católica del Perú, Máster en Seguridad Social por la Universidad de Alcalá y la OISS de España. Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos de Lima-Perú. Profesor y desde el 2016 coordinador de la Maestría en Derecho del Trabajo y la Seguridad Social de la Unidad de Post Grado de la UNMSM. Miembro investigador del Instituto de Estudios Latinoamericanos-IELAT de la Universidad de Alcalá de España.

ABSTRACT: This paper examines the social security models in terms of their limitations that emerged in the last 30 years (1990-2020) in Latin America, from an economic and legal perspective. It is developed in three sections: i) we deal with social insurance models in Latin American countries from the 90s to the present, ii) we analyse the economic and legal factors that gave rise to these models, iii) we develop, as guidelines for solving the problem described, evidenced and exacerbated by the Covid-19 pandemic, the implementation of minimum social security according to ILO Convention 102.

KEYWORDS: Covid-19, privatization, OIT Convention 102, Social Security, Latin America.

1. INTRODUCCIÓN

En estos dos últimos años nada ha golpeado tanto a la humanidad como la pandemia del Covid-19, América Latina no es ajena a esta realidad que puso en evidencia la situación y necesidad de la seguridad social especialmente para los trabajadores y los sectores más pobres; asimismo, la pandemia del Covid-19 agravó la magnitud de los problemas económicos y sociales en los países de América Latina, problemas que afloraron en estos últimos meses y que probablemente se recrudezcan en los próximos años.

En este contexto, conviene recordar que el crecimiento económico en América Latina en estas últimas décadas fue importante con tasas que superaron el 7 %, pero sin desarrollo[1]. Vale decir que los problemas sociales se mantienen[2], entre ellos: i) la debilidad del empleo formal, la plantilla es débil en el sentido de expresión de empleo formal con beneficios sociales, ii) el amplio dominio del trabajo independiente, temporal, sin contrato, o en términos generales ilegal o informal. Por otro lado, los países latinoamericanos no cuentan con seguridad

1 Es decir, el concepto de desarrollo no puede limitarse al crecimiento de objetos inanimados (como el PIB) sino que "su valor debe estar relacionado con el efecto que tienen en las vidas y libertades de las personas a quienes atañen" (Martha Nussbaum y Amartya Sen, eds., *The Quality of Life*, Oxford: Clarendon Press, 1993), y David Crocker y Toby Linden, eds., *Ethics of Consumption*, New York: Rowman and Littlefield, 1998).

2 Los problemas económicos y sociales de las familias expresan la diferencia entre el crecimiento económico (expresado en el comportamiento del PIB o PBI) y la tasa de ocupación que se debe al modelo de desarrollo de una economía extractiva de recursos naturales y no de materias con valor agregado.

social en términos de políticas redistributivas y universales, solo tienen seguros sociales contributivos laborales los que además muestran aspectos polémicos, como la cobertura minoritaria respecto a la población, las no cotizaciones de los empleadores en momentos de crisis, las limitadas prestaciones sociales, la complejidad administrativa y burocrática. Dichas limitaciones han originado el divorcio del sistema previsional respecto a los beneficiarios, que se expresa en problemas permanentes como la deuda previsional y la falta de institucionalidad de las prestaciones.

A ello como solución se planteó la privatización de estos seguros sociales[3]; sin embargo, la acentuada crisis productiva, tecnológica, ocupacional y social de muchos países hicieron irrelevantes las proposiciones planteadas[4]. Además, solo se solucionó el tramo de las personas que calificaron para pensiones mínimas, no estando incorporadas la mayoría de los trabajadores al sistema de capitalización, porque son autónomos o su saldo acumulado es insuficiente para financiar una pensión lo cual requiere de un esfuerzo fiscal complementario. La situación se agravó en estos dos últimos años con el Covid-19 que puso en evidencia la fragilidad del seguro social contributivo laboral y la necesidad de una seguridad social mínima redistributiva y universal en todos los países de América Latina.

La presente ponencia examina los modelos del seguro social en cuanto a sus limitaciones que surgieron en los últimos 30 años (1990-2020) en América Latina en un contexto especial tanto a nivel económico como jurídico, cuyo análisis es importante no sólo para comprender los hechos ocurridos en ese período sino los que ahora estamos viviendo. Lo hacemos en tres apartados: en el primero, tratamos los modelos de seguros sociales y sus limitaciones en los países latinoamericanos desde los 90 hasta la actualidad; en el segundo, analizamos los factores económicos y jurídicos que dieron origen a estos modelos. Finalmente, en el tercer apartado, desarrollamos ciertos lineamientos de solución al problema descrito, evidenciado y agudizado por la pandemia del Covid-19; es decir, la implementación de la seguridad social mínima según el Convenio 102 de la OIT.

3 En el Informe del Banco Mundial, *Manteniendo la promesa de seguridad de ingresos para los de edad avanzada en Latinoamérica*, analiza 11 países de la región concluyendo que las reformas ignoraron el papel del primer pilar público en la reducción de la pobreza, ya que el asunto de la cobertura era uno de los objetivos de las reformas de los sistemas de jubilación.

4 Podemos señalar algunas razones: la concentración del ingreso y de la propiedad en el sector financiero transforma en una ficción el mercado de capitales perfectos y vacíos de todo contenido real la idea de tasas óptimas al ahorro; la marcada crisis industrial y los mercados de trabajo están lejos de convertir automáticamente el ahorro interno en inversión segura.

2. LOS MODELOS DE LOS SEGUROS SOCIALES EN CUANTO A SUS LIMITACIONES EN AMÉRICA LATINA EN EL PERÍODO 1990-2020

Los datos mencionados, en líneas arriba, demuestran la gravedad del problema social que se acentuó con las políticas económica en los 90 en un contexto de globalización[5] que afectó especialmente el funcionamiento de los Estados nacionales como también las políticas sociales; en efecto, se buscó la reducción de la intervención del Estado en cuanto a lo social y la regulación de las materias económicas. Así, a partir de los años 90, en casi todos los países latinoamericanos, se implementó la política del mercado como el medio idóneo para la solución de la crisis socioeconómica de entonces y el crecimiento a largo plazo, la restitución de los supuestos equilibrios básicos y el libre funcionamiento de la oferta-demanda, además de las privatizaciones de todas las empresas públicas.

Asimismo, tenemos la privatización del seguro social contributivo laboral que se hizo de dos formas: en pensiones bajo el principio del aporte individual y privado para captar los recursos monetarios de los trabajadores, con la finalidad de invertirlos en la adquisición de títulos y valores, y el pago de prestaciones de pensiones (invalidez, jubilación y sobrevivientes); en el segundo, en materia de salud, la privatización posibilitó la participación de las empresas privadas solo en algunos servicios de salud; pero, en menor medida por el costo y menos ganancia que significaba asumir las prestaciones de salud. Sin embargo, en los 2000 se inició un proceso lento en algunos países de reforma de reversión del sistema privado al público. Así, tras la privatización y reversión en los seguros sociales en los últimos 30 años en América Latina tenemos determinados modelos[6]; es decir, se pueden clasificar en 4 más o menos definidos: el público de reparto de origen bismarciano, el sustituto que se inició con la privatización y cambio total del sistema público de reparto, el dual o paralelo frente a la imposibilidad de la privatización total del sistema público y reemplazarlo por el privado, y el modelo mixto que tiene su origen en la experiencia previa no exitosa totalmente del sustituto que luego se complementó con una base o pilar público de reparto, en algunos casos subsidiado por impuestos. Estos modelos, que pueden observarse

5 "La globalización es, sin lugar a duda, el gran tema de los tiempos que corren. Casi todos los ámbitos del quehacer humano parecieran no solo formar parte inamovible y constitutiva del proceso de globalización, sino, además, ser el resultado directo o indirecto del mismo" (Informe de la OIT, 1995, p. 5-29).

6 Esos "modelos" se presentan como hechos coherentes de explicación y estructuras fácticas que nos permiten analizar el diagnóstico del seguro social en América Latina.

en el cuadro 1, no resuelven el grave problema de la mayoría de la población latinoamericana que no tienen acceso a sistemas de protección social universal.

CUADRO 1
MODELOS DE SEGURO SOCIAL TRAS LA PRIVATIZACIÓN Y RETORNO AL SISTEMA PÚBLICO

MODELOS	PAÍSES	OBSERVACIONES
Público de reparto	Cuba, Honduras Argentina Ecuador Nicaragua Venezuela	Sin cambios Por reversión del privado Por reversión del privado Por reversión del privado Por reversión del privado
Sustituto privado	Chile México Bolivia	Con cambios importantes del SPP Con cambios importantes del SPP Con cambios importantes del SPP
Dual o paralelo	Colombia Perú	Con cambios importantes del SPP Con cambios importantes del SPP
Mixto	Costa Rica Uruguay	

Fuente: elaboración propia con distintos datos de cada país.

2.1. El modelo público de reparto

Es el modelo clásico que se quedaron en el de reparto simple y puro como el de Cuba y Honduras. También es el caso de los países que lograron la reversión del sistema privado al público; es decir, pasaron del modelo privado al público. Este proceso se inició en Venezuela el 2000, Ecuador el 2002, Nicaragua el 2005, Argentina el 2008 y Bolivia el 2009[7]. El proceso emblemático fue el de Argentina: con fecha 9 de diciembre de 2008, bajo el gobierno de Cristina Kirchner que sancionó la Ley 26425, promulgada mediante Decreto 2099/2008, mediante la cual se anuló el régimen de capitalización individual, quedando vigente exclusivamente el régimen público con el Sistema Integrado Previsional Argentino (SIPA)[8]. El problema que tienen es de sostenibilidad contributiva del sistema y prestaciones limitadas especialmente en pensiones de invalidez, jubilación y sobrevivientes.

7 En Bolivia se realizaron cambios en el sistema, pero se continúa con las AFP, existe dos AFP: AFP Futuro de Bolivia, miembro del grupo Suizo Zúrich Financial Services y el español BBVA Previsión.

8 La crisis internacional que empezó el 2001 afectó seriamente el sistema privado, en especial la cotización de las cuotas partes de los fondos, la que se vio cuestionada por la población que influyó en la toma de medidas del gobierno el 2008 como fue la aprobación de la Ley 26425.

2.2. El modelo sustituto privado de capitalización individual

Cuando el sistema público de reparto es reemplazado por el régimen único de capitalización individual administrado por empresas privadas. Existe cotización fija (prima de equilibrio de largo plazo) a una cuenta cuyos recursos se invierten y cuyos rendimientos se capitalizan. La pensión es variable y depende del monto acumulado; la libertad de elección entre las administradoras de fondos debe garantizar la competencia entre ellas. Los riesgos de la rentabilidad los asume el afiliado y el Estado solo regula y supervisa el sistema privado. El límite estructural es que solo soluciona el problema de las pensiones de los aportantes de ingresos altos y que cuentan con un trabajo permanente por un mínimo de veinte años o más, situación que no es viable en todos los países latinoamericanos con trabajadores mayoritariamente con ingresos bajos o mínimos y que sus pensiones tendrían que ser proporcional a sus aportes que son insuficientes para financiar una pensión digna.

2.3. El modelo paralelo o dual de público y privado

En este modelo se mantiene el sistema público anterior pero ya no es la única alternativa; el sistema público es reformado gradualmente o al inicio, en parte o en todo, pudiendo existir paralelamente el sistema privado de capitalización individual. El afiliado puede elegir entre los dos regímenes y los que están en el sistema de capitalización pueden cambiar libremente de administradora de fondos. Las preferencias entre uno u otro régimen, e incluso entre distintas administradoras dentro del mismo régimen, deben ponderar riesgos financieros en el tiempo, también la calidad de la gestión; así mismo, en la elección pesan los incentivos al diseño institucional, que definen la movilidad. Ambos sistemas compiten y la regulación como la supervisión puede estar a cargo de una superintendencia en el privado o en el marco de los reguladores públicos existentes para la banca y seguros.

Perú y Colombia son los casos típicos de este modelo. El problema del modelo como limitación es que al no existir una pensión mínima legal en el sistema privado y al existir exigencias especiales en el sistema público, como el mínimo de años de aporte o el tope de las pensiones, se realizan permanentemente cambios y ajustes que desnaturalizan cada sistema agravándose con la desintegración y descoordinación interinstitucional de ambos.

2.4. El modelo mixto

Implica la reforma del sistema público y pasa a ser un componente que se combina con la del régimen de capitalización plena e individual. El sistema público reconoce una pensión básica (prestación definida) bajo un sistema de reparto y el de capitalización otorga un monto adicional sobre sus aportes voluntarios. Es decir, tiene dos componentes: un sistema público de reparto y beneficios definidos, y un sistema privado de capitalización individual, el cual se paga una pensión complementaria. Una parte de la cotización va al régimen público de reparto, que puede solventar una pensión básica y universal a los contribuyentes, la otra parte se incorpora a la cuenta individual una pensión complementaria. Uruguay y Costa Rica son el ejemplo. En estos casos se puede elegir por un sistema público integrado (con pensión complementaria pública por sistema de reparto) o por uno mixto.

Se pueden señalar algunas constataciones de las dificultades de la viabilidad de un modelo mixto, tales como la cobertura global no parecen haber aumentado, sigue acotada a los trabajadores dependientes del sector formal; más aún con mercados laborales volátiles e informalizados crecientemente.

3. FACTORES QUE DIERON ORIGEN A LOS MODELOS DEL SEGURO SOCIAL EN AMÉRICA LATINA

Consideramos que los tipos o modelos del seguro social, surgidos en los últimos 30 años (1990-2020) en América Latina, se deben a tres factores/hechos que influyeron en esa creación. Estos son: i) las privatizaciones de la década del 90, ii) la reversión al sector público en varios países en los 2000, y iii) los cambios y modificaciones importantes realizados en cuanto a la regulación del sistema privado de pensiones en el mismo período.

3.1. La reforma total del seguro social público con el proceso de privatización

La reforma total del seguro social público fue en el sistema de pensiones con la incorporación de la capitalización individual que no fue otra cosa que la privatización del régimen de jubilación pública; en cambio, en salud se incorporó la privatización a través de ciertos cambios como el pago de cuotas para el uso de los servicios en los hospitales, la participación de las empresas privadas

con equipos e instalaciones[9]. Esta privatización surgió en oposición y crítica al sistema de reparto: desde la década 80, cuando el ritmo de las economías decayó a partir del incremento de los precios internacionales del petróleo, se empezó a cuestionar la seguridad social. Entonces se dio esta otra forma de organizar el ahorro, cuando las personas capitalizan aportaciones y rendimientos sobre ellas para financiar sus pensiones de jubilación; es lo que se llama un "sistema de capitalización". En sentido estricto, la pensión que alguien percibe luego de una determinada edad es resultado de lo que ha invertido (ahorrado), incluyendo los intereses capitalizados.

Entre 1981 y 2014, en el mundo, treinta países privatizaron total o parcialmente sus pensiones públicas obligatorias[10]. En América Latina, *"en general las reformas favorecedoras de un régimen de capitalización individual no fueron producto de un consenso entre los actores sociales, sino de una decisión unilateral de los Gobiernos, usualmente con respaldo de los sectores empresariales y con el aliento, por no decir presión, de los entes financieros internacionales*"[11].

El primer país fue Chile, en donde se aplicó la reforma que reemplazó el sistema de reparto por el de capitalización. Esto fue obligatorio sólo para aquellas personas que entraban por primera vez a trabajar, y era voluntario para aquellos que se encontraban trabajando antes de llevarse a cabo la reforma; sin embargo, solo las pensiones de las Fuerzas Armadas estaban exentas de esta privatización. Este proceso de privatización fue seguido por el Perú en 1992 y los otros países latinoamericanos como puede observarse en el cuadro 2 (los países que privatizaron los seguros sociales en orden cronológico).

---

9 Recordemos que en la mayoría de los países latinoamericanos existen tres sectores de salud: público (generalmente a cargo del Ministerio de Salud), seguro social (régimen contributivo con varias entidades en algunos países) y privado (que se expresan en distintas formas sin o con fines de lucro en la mayoría). La excepción es Cuba que tiene un sistema público único de salud.

10 "Catorce eran países de América Latina (…). Otros catorce países de Europa Oriental y de la antigua Unión Soviética también emprendieron el experimento de privatizar las pensiones; a saber, Hungría y Kazajstán (1998), Croacia y Polonia (1999), Letonia (2001), Bulgaria, Estonia y Federación de Rusia (2002), Lituania y Rumania (2004), Eslovaquia (2005), Macedonia (2006), República Checa (2013) y Armenia (2014). Dos países africanos también privatizaron su sistema público de pensiones; concretamente, Nigeria (2004) y Ghana (2010)" (Fabio Durán, *Reversión de la privatización de las pensiones: Reconstruyendo los sistemas públicos de pensiones en los países de Europa Oriental y América Oriental y América Latina (2000-2018),* edición OIT, Ginebra, 2018, p 3.).

11 Organización Iberoamericana de Seguridad Social - OISS, *Estudios sobre Seguridad Social II*, edición Secretaría General de la OISS, Madrid, diciembre 2015, p.145

CUADRO 2
PRIVATIZACIÓN DEL SEGURO DE PENSIONES EN AMÉRICA LATINA

PAÍS	LEGISLACIÓN BASE	AÑO
Chile	Decreto Ley 3500	1981
Perú	Decreto Ley 25897	1992
Argentina	Ley 4241	1993
Colombia	Ley 100	1993
Uruguay	Ley 87-01	1995
Bolivia	Ley 1732	1996
México	Decreto 927	1997
Venezuela		1997
El Salvador	Ley 7983	1998
Nicaragua		2000
Costa Rica		2001
Ecuador	Ley SAR	2001
R. Dominicana	Ley 16713	2003
Panamá		2008

Fuente: elaboración propia con datos de la AIOS.

3.2. La reversión del sistema privado al público de los seguros sociales

En el período 2000-2020, tras la privatización del seguro social fue el nuevo contexto económico que determinó el proceso de reversión del sistema privado al público. Los efectos de la privatización, en casi todos los países de América Latina, agudizaron los problemas como la segmentación en los servicios de salud y el costo en las prestaciones de pensiones. A lo largo de más de dos décadas de implementación del sistema privado se demostró que los riesgos del buen funcionamiento son estructurales: i) no pueden garantizar una tasa de reemplazo fija al momento de hacerse efectivo "como pensión", puesto que su valor final depende de cómo se vayan dando las circunstancias de las que depende su capitalización.

Situación que afecta evidentemente a los trabajadores con menos ingresos porque cotizan menos o también puede ser afectado por la crisis económica; ii) muchas empresas dejan de cotizar para dedicar los fondos de sus trabajadores a otros fines más rentables (tenemos muchos ejemplos al respecto); iii) muchos fondos en las AFP, para hacerlos más rentables, son inversiones muy arriesgadas. Es decir, la rentabilidad de los fondos privados no está asegurada, puesto que depende de los mercados de valores que por definición no tienen nada que ver con fines sociales y dependen del contexto económico financiero.

Esto llevó a un proceso lento que denominamos reversión como el péndulo de la seguridad social en América Latina, consecuencia de una nueva crisis en el

sistema del seguro social latinoamericano, en dos sentidos: i) reforma total del sistema privado y retorno al público, ii) reformas parciales del sistema privado pero importantes, como la pensión básica, la introducción del concepto de solidaridad, el retiro de los fondos acumulados, y otros cambios que veremos en la otra sección.

CUADRO 3
PAÍSES QUE HAN REALIZADO LA REVERSIÓN DEL SISTEMA PRIVADO AL PÚBLICO

País	Ley	Año	Características
Venezuela		2000	
Ecuador		2002	
Nicaragua		2005	
Argentina	Ley 26425	2008	Sistema Integrado Previsional Argentino (SIPA)
Bolivia	Ley 065	2010	Sistema Integral de Pensiones

Fuente: elaboración propia con distintos datos de cada país.

En el primer caso, tenemos más de 18 países en el mundo (Durán, 2018): "Venezuela (2000), Ecuador (2002), Nicaragua (2005), Bulgaria (2007), Argentina (2008), Eslovaquia (2008), Estonia, Letonia y Lituania (2009), Bolivia (2009), Hungría (2010), Croacia y Macedonia (2011), Polonia (2011), Federación de Rusia (2012), Kazajstán (2013), República Checa (2016) y Rumania (2017). De estos 18 países del mundo, 13 son de Europa Oriental y la antigua Unión Soviética y 5 de América Latina que revirtieron las privatizaciones; es decir, el 60 % de los países que habían privatizado las pensiones revirtieron el proceso. Tenemos hasta hoy 5 países, como se puede observar en cuadro 3, que han realizado la reversión.

3.3. Los cambios importantes en el sistema privado en la década del 2000

Como señalamos, muchos países luego de pasar por la experiencia de la privatización del seguro de pensiones y al estar en un nuevo contexto político, económico y social, comenzaron a realizar cambios y modificaciones importantes en cuanto a la regulación del sistema privado de pensiones, incluso como en Chile la situación se tornó impopular con grandes marchas en contra de la privatización[12]. En efecto, en los años 2000 muchos países volvieron a reformar

12 En realidad, la privatización de las pensiones no estuvo a la altura de las expectativas y generó mucha frustración en la mayoría de los países.

total o parcialmente sus sistemas de pensiones privado debido, entre otras razones mundo (Durán, 2018): *"a los elevados costos fiscales de la privatización, la disminución o el estancamiento de la cobertura y los niveles de las prestaciones, los altísimos costos administrativos, el traslado de los riesgos económicos y financieros a los individuos, lo que los exponía a pensiones cada vez más bajas, y la falta de beneficios tangibles para el desarrollo nacional*". En el siguiente cuadro veremos los países que han realizado esos cambios.

CUADRO 4
PAÍSES QUE HAN REALIZADO CAMBIOS IMPORTANTES AL SISTEMA PRIVADO DE PENSIONES

PAÍS	LEY	AÑO	CARACTERÍSTICAS
Colombia	Ley 797	2003	Se modifican los requisitos de edad y del número de cotizaciones.
Chile	Ley 20255	2006 y 2008	Sistema de pensiones solidarias de vejez e invalidez "pilar solidario".
Perú	Ley 27617 Ley 30425	01/01/2002 21/3/ 2016	Creó el régimen temporal de Jubilación Adelantada, el 2018 se hizo permanente. Se faculta a los afiliados de las AFP retirar, hasta el 95.5. % de su fondo.

Fuente: elaboración propia con distintos datos de cada país.

En efecto, Colombia en el 2003 modificó la Ley 100 mediante Ley 797 que en su artículo 9 señala que para la pensión de jubilación es necesario cumplir cincuenta y cinco (55) años si es mujer o sesenta (60) años si es hombre. Y que a partir del 1 de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre. La reforma en Chile se inició el 2006, en plena crisis económica internacional porque el sistema no funcionó como se esperaba, a tal punto que, en marzo de 2008, el Congreso, por unanimidad realizó cambios y otros ajustes mediante la Ley 20255, manteniendo el sistema de capitalización individual, como la "pensión básica", se introdujo incentivos y se amplió la cobertura de cotizantes y beneficiarios; también, una mayor integración y coordinación interinstitucional fortaleciendo el principio de la solidaridad. Actualmente existe la propuesta de retorno al sistema público que lleva años de debate y se encuentra en este momento en el Senado de la República.

Asimismo, Perú en el 2008, con la crisis financiera internacional que afectó principalmente la Bolsa de Valores, sufrió una devaluación económica afectando seriamente el sistema privado de las pensiones administrada por las AFP. Situación

que llevó a la presentación de iniciativas legislativa, las mismas que han buscado conjugar la crítica al sistema privado y la concreción de propuestas alternativas. Sin embargo, los dos cambios importantes que atentan al sistema privado se aprobaron posteriormente: i) a partir de la Ley 30425 del 21 de abril de 2016 se facultó a los afiliados de las AFP retirar, a partir de 65 años, hasta el 95.5% de su fondo que puede ser parcial o total hasta completar el máximo correspondiente, con lo cual en la práctica se cierra el SPP; en efecto, "las leyes que permiten el retiro de los fondos han generado que el sistema privado de pensiones deje de funcionar plenamente como sistema de pensiones"[13]; ii) el 2018 con la Ley 30425 se hizo permanente el Régimen Especial de Jubilación Anticipada para desempleados en el sistema privado de pensiones[14]. Medidas que podrían considerarse como un paso hacia la desaparición del sistema privado de pensiones.

4. LINEAMIENTOS DE SOLUCIÓN CON UNA SEGURIDAD SOCIAL MÍNIMA SEGÚN EL CONVENIO 102 DE LA OIT

Esta propuesta como lineamientos de solución es admitida por todos, aunque con diferentes matices y énfasis[15]. El convenio 102 de la OIT, adoptado en 1952, entró en vigor en 1955, estableciendo las normas mínimas sobre seguridad social; su importancia radica justamente en la propuesta para todos los países, especialmente para los latinoamericanos, de la implementación de una seguridad social mínima. La seguridad social como política redistributiva ha sido promovida desde el siglo XIX, habiendo alcanzado su consolidación a lo largo del siglo XX como paradigma del mundo moderno (Lettieri, 2004, 95). En efecto, la creación de la OIT (1919) constituyó un hito importante en ese objetivo histórico.

13 Exposición "consideraciones para una reforma del sistema de pensiones" del Banco Central de Reserva del Perú ante la Comisión especial multipartidaria del Congreso de la República del Perú encargada de evaluar, diseñar y proponer el proyecto de ley para la reforma integral del sistema previsional peruano, del 3 de julio de 2020.

14 Es un esquema temporal que proporciona condiciones de jubilación más flexibles para los trabajadores afiliados al SPP que se encuentren en situación de desempleo por un periodo igual o mayor a 12 meses consecutivos e ininterrumpidos. Deben tener por lo menos 55 años cumplidos y estar desempleado por lo menos 12 meses antes de solicitar la pensión. Su pensión debe ser mayor o igual al 30% del promedio de las últimas 60 remuneraciones (5 años), debidamente actualizadas por el Índice de Precios al Consumidor, o una pensión no menor a un monto equivalente a dos Remuneraciones Mínimas Vitales.

15 Pero, es innegable que las sociedades democráticas tienden a obtener, en general, ciertos niveles mínimos de bienestar que en el campo de la seguridad social se traducen en el respeto a principios que reflejan su concepción de los derechos humanos y de la dignidad humana.

Por ello, la necesidad de buscar la fundamentación de la exigibilidad y ejecutabilidad del Convenio 102 de la OIT en los países latinoamericanos; es decir, cómo este Convenio que es parte del Derecho Internacional puede ser de cumplimiento obligatorio no solo jurídico sino desde el lado del consenso social como paradigma procedimental del Derecho[16]. En este sentido, es importante tener en cuenta qué países latinoamericanos suscribieron y ratificaron el Convenio 102 como miembros de la OIT que los obliga a respetar los acuerdos expresados en dicho convenio; además, el reconocimiento formal del derecho a la seguridad social en todas las constituciones latinoamericanas. Finalmente, con los temas se puede responder la pregunta ¿cómo extender e implementar la seguridad social mínima, según el Convenio 102 de la OIT? Temas que veremos a continuación.

4.1. ¿Qué países latinoamericanos suscribieron y ratificaron el Convenio 102?

El Convenio 102 contiene una serie de criterios tales como el de responsabilidad general del Estado, la participación de los asegurados en la gestión del sistema, la financiación colectiva, el derecho de apelación de los beneficiarios, la revalorización de las prestaciones de largo plazo, la igualdad de trato entre nacionales y extranjeros (Parte XII, art. 68, inc.1).

CUADRO 5
PAÍSES LATINOAMERICANOS QUE HAN RATIFICADO EL CONVENIO 102 DE LA OIT
(por orden cronológico)

País	Fecha de ratificación	Vigor	Observaciones: ha aceptado las partes del Convenio
Perú	23-ago-61	En vigor	II, III, V, VIII y IX.
México	12-oct-61	En vigor	II, III, V, VI y VIII-X.
Costa Rica	16-mar-72	En vigor	II y V-X.
Ecuador	25-oct-74	En vigor	III, V, VI, IX y X.
Bolivia	31-ene-77	En vigor	II, III y V
Venezuela	05-nov-82	En vigor	II, III, V, VI y VIII-X.
Brasil	15-jun-09	En vigor	II-X.
Uruguay	14-oct-10	En vigor	II, IV, VII y VIII.
Honduras	01-nov-12	En vigor	II, III, V, VIII, IX y X
S. Vicente y G.	25-nov-15	En vigor	II, III, V, VI, VIII, IX y X.
Rep. Dominicana	11-jul-16	En vigor	II, III, V, VI, VII, VIII, IX y X
Argentina	27-jul-16	En vigor	II, V, VII, VIII, IX y X.

Fuente: elaboración propia con datos de la OIT al 2020

16 Al respecto ver: Jürgen Habermas, *Facticidad y validez,* Ed. Trotta, Madrid, 1998.

También tiene una serie de condiciones por ser un convenio dirigido a una gama muy variada de países, es flexible en la identificación de las personas a las que va dirigida la protección. Pudiendo los Estados miembros optar por un porcentaje de: categorías prescritas de asalariados (en general, por lo menos 50% de todos los asalariados), categorías prescritas de la población económicamente activa (en general, por lo menos el 20% de todos los residentes) y categorías prescritas de residentes[17]. Por otro lado, el Convenio se ha redactado en términos muy amplios, con el objetivo de poder abarcar toda la diversidad de sistemas de seguridad social que pueden existir[18]. A pesar de que los países latinoamericanos han ratificado el Convenio 102, como puede verse en el cuadro 5, no cumplen con su implementación total. Solo existen pequeños avances sobre la cobertura de prestaciones no contributivas a través de programas sociales, durante los últimos años. Pero se tratan de programas de determinados gobiernos y que no garantizan su permanencia porque son focalizados y con escasa cobertura equitativa.

4.2. El derecho a la seguridad social en las Constituciones Latinoamericanas

El reconocimiento del derecho a la seguridad social en las constituciones latinoamericanas expresa el largo desarrollo del Estado de Derecho en el mundo que significa jurídicamente la igualdad ante la ley y la prioridad de los derechos sociales como necesidades humanas básicas sin las cuales es difícilmente imaginable la existencia de los individuos en sociedad. Por ello, en los países de América Latina, como se puede observar en el cuadro 6, se reconoce constitucionalmente el derecho a la seguridad social como garantía universal, aunque meramente formal y abstracto.

17 Este porcentaje planteado como opción, tiene que ver con dos hechos: i) la seguridad social comienza siempre con los seguros sociales que significa protección de los trabajadores, y ii) los trabajadores en general constituyen hasta hoy la mayoría la población; todavía estamos ante la centralidad del trabajo en la sociedad.

18 Se reconoce 9 prestaciones que cubren diferentes riesgos: 1) asistencia médica (parte II), 2) prestaciones monetarias de enfermedad (parte III), 3) prestaciones de desempleo (parte IV), 4) prestaciones de vejez (parte V), 5) prestaciones en caso de accidente de trabajo y de enfermedad profesional (parte VI), 6) prestaciones familiares (parte VII), 7) prestaciones de maternidad (parte VIII), 8) prestaciones de invalidez (parte IX) y 9) prestaciones de sobrevivientes (parte X).

CUADRO 6
EL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL EN LAS CONSTITUCIONES LATINOAMERICANAS

Países	Artículos en las Constituciones
Argentina	14, 43, 75, 116
Brasil	1, 3, 5, 6, 7, 8, 9, 194, 196, 201, 202, 203, 208, 227
Bolivia	35, 36, 45, 46, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 128, 196, 256, 410
Chile	5, 19, 20, 82
Colombia	1, 43, 44, 46, 48, 49, 50, 53, 54, 55, 56, 64, 86, 93, 241, 330
Costa Rica	7, 10, 48, 51, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 71,72.
Cuba	1, 41 45, 46, 47, 48, 49, 50, 54
Ecuador	1, 32, 34, 35, 36, 37, 23, 39, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 88.
El Salvador	2, 34, 35, 37,3 8, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 50, 51, 247
Guatemala	51, 52, 56, 69, 77, 93, 94, 98, 99, 100, 101, 102, 104, 105, 106, 109.
Guyana francesa	55
Haití	19, 22, 23, 32, 32-4, 32-8, 32-10, 35, 35-1, 35-2, 35-3, 35-5, 35-6.
Honduras	18, 111, 117, 119, 120, 121, 123, 124, 127, 128, 129, 130, 131, 133.
México	2, 4, 5, 18, 123
Nicaragua	4, 39, 56, 57, 59, 61, 62, 63, 64, 71, 74, 76, 77, 80, 81, 82, 83, 84, 85.
Panamá	4, 28, 40, 54, 56, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 78.
Paraguay	54, 57, 58, 61, 68, 95, 130, 132 134, 137.
Perú	4, 7, 10, 11, 23, 24, 25, 55.
Puerto Rico	15, 16, 17, 18, 20.
Rep. Dominicana	8, 67.
Uruguay	36, 41, 42, 44, 46, 53, 54, 56, 57, 60, 67, 257
Venezuela	23, 27, 78, 79, 80, 81, 83, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 95, 96, 97.

Fuente: elaboración propia en base a los datos del Departamento de Normas Internacionales del Trabajo de la Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra.

Sin embargo, algo se ha avanzado en términos jurídicos desarrollado en la doctrina nacional e internacional; esto gracias a la teoría de los derechos fundamentales de la persona que se encuentran prácticamente en todas las constituciones del mundo[19], que nos debe llevar a construir un consenso de los derechos fundamentales que se asiente sobre la realidad, que avance desde la racionalidad que tiene su raíz en la dignidad de la persona como derecho humano. Concepto muy importante porque los derechos humanos[20] pueden resultar de ayuda para

19 Así tenemos, las constituciones más conocidas e importantes: México, Querétaro (1917), Alemania, Weimar (1919), Italia (1947), Francia (1958), Uruguay (1967), Portugal (1976), España (1978).

20 Recordemos la Declaración Universal de los Derechos Humanos: "Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social" (art. 22).

la implementación de la seguridad social mínima. Por ello, es fundamental establecer lineamientos de estrategias para resolver los graves problemas e inequidades que enfrenta el tema de los derechos sociales, es el caso de extender e implementar una seguridad social mínima redistributiva y universal como lo establece el Convenio 102 de la OIT suscrito y ratificado por todos los países latinoamericanos como hemos señalado en líneas arriba.

4.3. ¿Cómo extender e implementar una seguridad social mínima, según la OIT?

Según la Recomendación 202 del Convenio 102 de la OIT, los países miembros deberían formular y aplicar estrategias nacionales de extensión de la seguridad social realizadas a través de un diálogo social efectivo y de la participación social. Estas estrategias nacionales deberían: i) dar prioridad a la puesta en práctica de pisos de protección social como punto de partida para los países que no cuentan con un nivel mínimo de garantías de seguridad social y como un elemento fundamental de sus sistemas nacionales de seguridad social, y ii) tratar de proporcionar al mayor número de personas posible, y lo antes posible, niveles de protección más elevados acordes con las capacidades económicas y fiscales de cada uno de los países.

A estos efectos, los países miembros de la OIT deberían establecer progresivamente y mantener sistemas de seguridad social integrales y adecuados que sean coherentes con los objetivos de las políticas nacionales y tratar de articular las políticas de seguridad social con las demás políticas públicas. En ese sentido, al formular y aplicar estrategias nacionales para extender las estrategias de seguridad social, los Miembros deberían: i) establecer objetivos acordes con las prioridades nacionales, ii) identificar las lagunas de la protección y sus obstáculos; iii) tratar de colmar las lagunas de la protección mediante regímenes apropiados y coordinados eficazmente, ya sean de carácter contributivo o no contributivo o ambas cosas, inclusive mediante la extensión de los regímenes contributivos existentes a todas las personas interesadas que tengan capacidad contributiva; iv) complementar la seguridad social con políticas activas del mercado de trabajo, inclusive mediante formación profesional u otras medidas, según proceda; v) especificar las necesidades financieras y los recursos, así como los plazos y las etapas establecidos para alcanzar progresivamente los objetivos definidos, y vi) dar a conocer mejor sus pisos de protección social y sus estrategias de extensión, y poner en marcha programas de información, inclusive a través del diálogo social.

Estas estrategias de extensión de la seguridad social deberían aplicarse a las personas que forman parte tanto de la economía formal e informal, ser compatibles con los planes de desarrollo social, económico y medioambiental de los países y facilitar su puesta en práctica. También, deberían asegurar apoyo a los grupos desfavorecidos y a las personas con necesidades especiales.

Finalmente, los países latinoamericanos deberían seguir los progresos alcanzados en la puesta en práctica de los pisos de protección social y en la consecución de otros objetivos de las estrategias nacionales de extensión de la seguridad social a través de mecanismos apropiados definidos a nivel nacional, que incluyen la participación tripartita con las organizaciones representativas de los empleadores y de los trabajadores, así como la celebración de consultas con otras organizaciones pertinentes y representativas de personas interesadas. De ahí que la estrategia concreta es el paso del estado de necesidad al Estado de bienestar o Estado social de Derecho a través de políticas redistributivas como la seguridad social universal. Lo contrario es mantener la pobreza, la miseria, el desempleo, la inexistencia o paralización de los derechos sociales en los países latinoamericanos que atentan la dignidad del ser humano y la misma esencia del Estado social de Derecho.

5. A MODO DE CONCLUSIÓN

Podemos señalar algunas ideas, a manera de conclusión: diríamos que en América Latina no existe la seguridad social redistributiva y universal, y en los seguros se presentan dos grandes problemas, evidenciados por el Covid-19: i) los diferentes modelos con riesgos distintos y contrarios a su esencia de seguridad, y ii) la cobertura minoritaria del sistema previsional que se expresa en las limitaciones del seguro social como solución parcial y estructural al estado de necesidad de la población. Entonces, se puede afirmar que es imprescindible el cambio a una sociedad justa donde la igualdad sea real y no solo formal. En esa dimensión, extender e implementar la seguridad social mínima, según el Convenio 102 de la OIT, son fundamentales para los países latinoamericanos.

6. REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

BANCO MUNDIAL, *Informe sobre el envejecimiento sin crisis*, Washington. Informe sobre el desarrollo mundial, Washington 1995.

BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO, *Desarrollo más allá de la economía, Informe del Progreso Económico y Social en América Latina*, Washington D.C., 2000.

CEPAL, *Panorama Social de América Latina*, Santiago de Chile, 1998. Equidad, Desarrollo y Ciudadanía, Santiago de Chile, 2000.

DOLLS Mathias, *An Unemployment Re-Insurance Scheme for the Eurozone? Stabilizing and Redistributive Effects*, CESifo Working Papers 8219, april 2020.

DURÁN Fabio, *Reversión de la privatización de las pensiones: Reconstruyendo los sistemas públicos de pensiones en los países de Europa Oriental y América Oriental y América Latina (2000-2018),* OIT, Ginebra, 2018.

GAMARRA Leopoldo, *Crisis económica, globalización y Derecho del Trabajo en América Latina,* Documentos de trabajo IELAT, No 76, Universidad de Alcalá, España, 2015.

HABERMANS Jürgen, *Facticidad y validez,* Ed. Trotta, Madrid, 1998.

MARKEY Laurence, *Droit Social,* Université Louvain-la-Neuve, Bélgica, 2014.

OIT, Para recuperarse de la crisis: Un Pacto Mundial para el Empleo (98ª Conferencia Internacional del Trabajo), Ginebra, OIT, 2009. World Social Security Report 2010-11, Ginebra, 2010.

LETTIERI Alberto, *La Civilización en debate: de las revoluciones burguesas al neoliberalismo*, Ed. Prometeo libros, Buenos Aires, 2004.

PIKETTY Thomas, *Capital e ideología,* Ediciones Deusto, Barcelona, diciembre 2019.

SCHWARGER Helmut, CASALÍ Pablo y BERTRANOU Fabio (Coordinadores), *La Estrategia de Desarrollo de los Sistemas de Seguridad Social de la OIT, el papel de los pisos de protección social en América Latina y el Caribe,* OIT, 2914.

VAN VEEN Tom, "Have macroecomic models lost their connetion with economic reality?", CESIFO Working papers N° 8256, april 2020.

EL INGRESO MÍNIMO VITAL COMO ALTERNATIVA A LOS SEGUROS SOCIALES CLÁSICOS: PERSPECTIVA ESPAÑOLA Y COMPARADA

MIGUEL ÁNGEL MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA

(Ph.D Labour Law, 2004). Su tesis doctoral versó sobre la Protección Social, Seguridad Social y Asistencia Social (España y la Unión Europea), y fue publicada como monografía por la Editorial Consejo Económico y Social de España, Madrid 2005. Recientemente ha dirigido al equipo de profesores que han elaborado el Manual de Derecho de la Protección Social (Tecnos, Madrid 2021) y ha redactado la voz "Ingreso Mínimo Vital" en el Memento Social 2021 (Lefebvre).

ABSTRACT: Since 2018, Community Institutions (the EU) have been calling on Spain to make a greater effort to reduce poverty. The Covid-19 pandemic has served to bring forward the timing of the approval of the Minimum Living Income, the first Social Security benefit to address only the eventuality of insufficient economic resources. It was established on 1 June 2020. Addressing poverty in a unified and equal way in a country has its difficulties. However, it is something that is latent from one side of the world to the other, as the cases of Mexico, Italy, South Africa and South Korea illustrate. This paper analyses the strengths and weaknesses of Social Security benefits in Spain and provides an overview of what is happening in other selected countries.

KEYWORDS: Poverty; minimum living income; Social Security.

1. EL CONCEPTO DE SEGURIDAD SOCIAL SEGÚN WILLIAM BEVERIDGE Y SU REFLEJO EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

Quien, desconociendo sus antecedentes, se acerca por vez primera a la lectura del art. 41 de la Constitución Española posiblemente entenderá que el Sistema de Seguridad Social tiene por objetivo único y principal remediar la situación de pobreza de quienes -siendo ciudadanos del país- carezcan de un empleo y no dispongan de otros recursos para subsistir. Esta finalidad fue contemplada unos años antes de la mitad del siglo XX por W. Beveridge[1]. La atención de la pobreza como uno de los fines de los Sistemas de Seguridad Social va a ser algo frecuente tanto en España como en otros países. El único problema, no pequeño, será la dificultad de cómo llevarla a cabo: si se debía dar una cantidad económica o en especie, qué método seguir para identificar a los hipotéticos beneficiarios, si la ayuda a dispensar debía consistir tan solo en una renta o la percepción de esta debía quedar condicionada a participar en algún programa de formación para el empleo, los efectos que sobre la renta concedida debía tener el hecho de suscribir un contrato de trabajo y pasar, por tanto, a percibir un salario, etc.

En la situación concreta española concurría la compleja circunstancia del reparto de poderes de gobierno entre el Estado y las Comunidades Autónomas, ya que tanto a uno como a otras les correspondían potestades asistenciales. El hecho de que las ayudas para la pobreza tuvieran materialmente la condición

1 Seguro Social y Servicios Afines, 1989.

simultánea de Seguridad Social (materia estatal) y de asistencia social (materia autonómica), dio lugar a una interesante controversia que llegó hasta nuestro Tribunal Constitucional, que concluyó que cuando el art. 41 CE llamaba a los "poderes públicos" a mantener un Sistema de Seguridad Social no se limitaba exclusivamente al Estado, por lo que las CCAA también podrían realizar acciones de asistencia social que completaran el ámbito de Seguridad Social establecido por la Ley estatal general[2]. Y nos encontramos así con la implementación de las rentas mínimas de inserción autonómicas, como combinación de ayudas a la pobreza y al desempleo, llegando a existir tantas como CCAA hay en España. Llegado el momento, hasta el Estado se vería obligado a aprobar su propia Renta Activa de Inserción (RAI), de compleja naturaliza jurídica, que terminó por ser la homóloga de las rentas mínimas autonómicas.

La crisis de la construcción que asoló la UE y particularmente España a partir de 2008 produjo un desplome importante de los ingresos de muchas familias, una tasa de paro muy elevada (lo que siempre impide un Sistema de Seguridad Social saneado) y un incremento de la pobreza en los hogares españoles. Las CCAA van también a aquejar particularmente la crisis, con un elevado endeudamiento y una carencia de medios para atender siquiera a las familias de su territorio que pudieran ser beneficiarias de la renta de inserción. A partir de 2012, aunque comienza a haber una cierta recuperación económica esta no se consolida, lo que provoca la preocupación del Gobierno por las importantes "bolsas de pobreza" existentes. Comienzan los debates sobre la Renta Básica Universal (para cualquier ciudadano, con independencia de sus recursos o de su patrimonio), imponiéndose la inviabilidad de su puesta en marcha.

Se decide entonces optar por una nueva prestación a incorporar en el Sistema de Seguridad Social que se dirige no solo a remediar la pobreza de personas que vivan solas sino fundamentalmente de hogares o grupos de convivencia y ello no al modo de un subsidio temporal sino como una pensión[3]. Se trata de una fórmula de atención social de la pobreza por el mayor peso que tienen quienes forman una colectividad, y, en especial, los hogares monoparentales con hijos y las víctimas de violencia de género o de trata y explotación sexual. También se atiende de modo particular a quienes se pueden considerar como "excluidos de la sociedad". La dramática perspectiva de futuro que la pandemia por Covid-19

2 Martínez-Gijón Machuca, M. A., Protección Social, Seguridad Social y Asistencia Social (España y la Unión Europea), 2005.

3 RD-Ley 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el ingreso mínimo vital.

siembra en la sociedad española coadyuva, sin duda, a su inmediata puesta en marcha. La denominación que recibe -Ingreso Mínimo Vital (IMV)- quizás no refleje plenamente su objetivo (invita a pensar en la protección de las personas en riesgo de defunción por inanición y pobreza extrema, y como se verá no les resultará fácil el acceso inmediato a su percepción), pero es la que termina prosperando.

2. DATOS DE POBREZA EN ESPAÑA EN 2019

Según la Estrategia Europa 2020 se consideran personas en riesgo de pobreza y/o exclusión social a la población que se encuentra en alguna de las tres situaciones siguientes:

a) Personas que viven con bajos ingresos: 60% de la mediana del ingreso equivalente o por unidad de consumo en el año anterior a la entrevista;

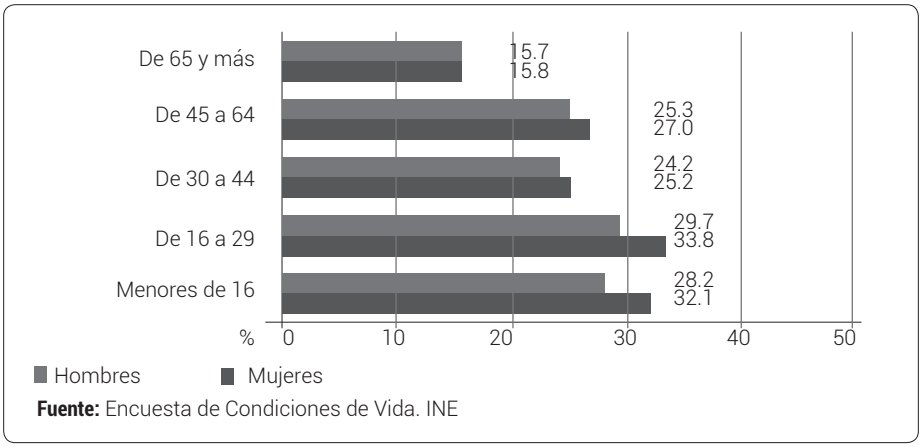
b) personas que sufren privación material severa;

c) personas que viven en hogares con una intensidad de empleo muy baja (por debajo del 20% del total de su potencial de trabajo en el año anterior a la entrevista).

Según el tipo de hogar, en el año 2019 el porcentaje más alto de riesgo de pobreza y/o exclusión social corresponde al tipo de hogar formado por 1 adulto con 1 o más hijos dependientes (46,8%); el segundo lugar a otros hogares con hijos dependientes (33,4%); y, en tercer lugar, a los hogares de una persona (26,1%). El porcentaje más bajo de riesgo de pobreza y/o exclusión social corresponde a los hogares formados por 2 adultos sin hijos dependientes (20,3%)[4].

4 "2.11 Riesgo de pobreza y/o exclusión social (estrategia Europa 2020). Indicador AROPE". Datos ofrecidos por el INE (www.ine.es/dynt3//inebase/index.htm?padre=2129&capsel=2439). El gráfico que se ofrece a continuación procede del Instituto Nacional de Estadística (www.ine.es).

TASA DE RIESGO DE POBREZA Y/O EXCLUSIÓN SOCIAL POR GRUPOS EDAD. ESPAÑA 2019



Fuente: Encuesta de Condiciones de Vida. INE

3. EL ESTABLECIMIENTO DEL INGRESO MÍNIMO VITAL

Se diferencia del resto de las pensiones y prestaciones familiares que constituyen la modalidad "no contributiva" de la Seguridad Social en que ahora el foco de atención no lo va a constituir necesariamente la persona individualmente considerada -a la que en aquellas se le exigía algún otro rasgo de imposibilidad de trabajo (bien una edad de 65 años o más, bien una discapacidad del 65% o más o que los hijos no superaran determinada edad o estuvieran discapacitados), sino que va a depender estrictamente de los recursos económicos, en un sentido amplio: ingresos y valor del patrimonio (aunque pueda sorprender que el patrimonio pueda tener relevancia en situaciones de este tipo).

Es cierto que la Renta Activa de Inserción (RAI) estatal podría haber ocupado el lugar del IMV pero pronto se limita su duración a un periodo de once meses[5]. Lo característico del IMV es su carácter de pensión, aunque no se le quiera calificar así[6]. De momento, aunque en la regulación se prevé la adopción de medidas de formación y empleabilidad, no se ha producido el desarrollo de

5 Art. 5 RD 1369/2006, de 24 de noviembre, por el que se regula el Programa de Renta Activa de Inserción para desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo.

6 Algún autor justifica la ausencia del término pensión para que resulte más visible que "el objetivo mediato de su acción protectora es incorporar a las personas beneficiarias al pleno disfrute de sus derechos de participación"; por tanto, a la mayor brevedad posible (Gómez Gordillo, R., "El Ingreso Mínimo Vital: la pensión que aspira a ser subsidio. Análisis del RDL 20/2020, de 29 de mayo y de sus modificaciones", Revista de Derecho Social, 91, 2020, p. 42).

cómo se va a combinar la pensión con la búsqueda de empleo y con el salario que se pueda llegar a percibir. Está presente, como siempre, la "trampa de la pobreza" (abandonar la búsqueda de un empleo al disminuir la prestación en el importe del salario), por lo que es esperable que, como sucede en las pensiones no contributivas de invalidez vigentes, se permita una cierta compatibilidad en caso de que se produzca la incorporación de algún miembro de la unidad de convivencia beneficiaria, o del beneficiario individual, al mercado de trabajo. Y es que -se recuerda de nuevo- el IMV cuando se concede a una unidad de convivencia identifica un titular pero este no se identifica como el único beneficiario de la ayuda (como sucede en las restantes pensiones no contributivas); tal condición se atribuye a todos los miembros de que se compone la unidad.

Como adelantaba en el primero de los apartados de esta comunicación, ya se había procurado atender la situación de necesidad por parte de las CCAA, haciendo uso del título competencial "asistencia social" (art. 148.1.20ª CE), pero lo cierto es que no consistían en prestaciones vitalicias ni se venían resolviendo las solicitudes con la prontitud necesaria. Es muy probable que hubiera igualmente problemas de financiación de esta línea de protección social. En la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley que establece el IMV se hace referencia a la diversidad de requisitos e importes entre dichas rentas, lo que habría conducido -según el Gobierno, que se apoya en Recomendaciones de la UE- a "una heterogeneidad significativa en el acceso a las prestaciones sociales de las personas en situación de necesidad, muchas de las cuales continúan sin ser suficientemente cubiertas por nuestro Estado del bienestar"[7].

La norma reguladora del IMV debió ser retocada en varias ocasiones, muy probablemente por una cierta precipitación en su aprobación[8]. Si fue o no un golpe de efecto para tranquilizar a la sociedad o no en el momento en donde en España parecía que se terminaba la primera ola de pandemia es algo que se nos escapa; pero, ciertamente, lo que sí parece claro es que no estaba todo preparado para una adecuada gestión de la enorme cantidad de solicitudes que se produjeron. Aunque parecía que el Gobierno había realizado numerosos estudios previos para asumir "el riesgo" de una prestación *estatal* frente a la pobreza, lo cierto es que la regulación era de tanta complejidad y los requisitos de empadronamiento,

7 Exposición de Motivos, I.

8 Reales Decretos-leyes 25/2020, 3-7; 28/2020, 22-9; 30/2020, 29-9; 35/2020, 22-12; y 3/2021, 2-2; así como una ampliación de plazo efectuada por la Resolución de la Intervención General de la Administración del Estado de 16 de diciembre de 2020.

situación familiar, recursos económicos, etc., tan numerosos, que, finalmente, lo que más abundaron fueron las resoluciones denegatorias de concesión. Al parecer, la razón de dichas denegaciones radicaba en que quienes lo solicitaban superaban el "umbral de pobreza" fijado por el Gobierno. Además, los requisitos de inscripción previa como demandante de empleo o el alta en la Seguridad Social durante doce meses para acreditar la vida independiente en todo caso, o, finalmente, el empadronamiento en una vivienda, presentes en la versión inicial, dificultaron enormemente el reconocimiento de la condición de beneficiario. En concreto, la reforma que se produce con posterioridad viene a eliminar los dos primeros y a flexibilizar el último, para dar cabida a todas aquellas personas sin hogar o malviviendo en chabolas, tiendas de campaña, centros de acogida, etc. Ciertamente, el IMV nacía requiriendo, por un lado, un cierto status en los solicitantes -cuanto menos una vivienda- pero simultáneamente con recursos económicos muy escasos. Y es conocido que resulta imposible morar en una vivienda, con sus costes de luz, agua, gas, etc., sin los recursos mínimos que la propia norma consideraba suficientes[9].

Todo lo anterior impide acercarse mínimamente a los 800.000 beneficiarios que el Gobierno se marcaba como objetivo y le obliga a una primera reforma de calado de la regulación del IMV. Varios artículos del RDL serán reformados por el Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero, por el que se adoptan medidas para la reducción de la brecha de género y otras materias en los ámbitos de la Seguridad Social y económico. Se viene así a ampliar el ámbito de los posibles titulares, al atenderse el fenómeno del sinhogarismo recurriendo al domicilio ficticio (en una ONG, en algún lugar de la calle donde el menesteroso suela morar, etc.), y también se agilizan los trámites de concesión al poderse iniciar la solicitud bajo una declaración responsable del solicitante que podrá así simultáneamente ir acreditando los requisitos mientras el proceso queda iniciado.

Desde el punto de vista de la gestión, ha resultado llamativo que se haya concedido la misma tanto al País Vasco como a la Comunidad Foral de Navarra, lo que en clave política viene a recompensar al PNV y a Nafarroa Bai por el apoyo a la investidura del Presidente del Gobierno. Se ha justificado tal concesión -que, pese a todo, no está absolutamente realizada- en el hecho de que son CCAA con un régimen económico propio, pero, como se indica, parece que

9 Entrevista del autor con D. Camilo Hernández León, Director del Instituto Nacional de Seguridad Social en la provincia de Sevilla (España).

también hay otras razones no exclusivamente financieras. Esto ha provocado la protesta de otras CCAA. Es probable que el recurso de inconstitucionalidad que la Generalitat de Cataluña ha interpuesto contra diversos artículos de RDL 20/2020 guarde relación con todo esto. De momento, ha sido admitido a trámite por el TC.

Según datos facilitados por la Oficina de Comunicación de la sede del Gobierno, a 17 de mayo de 2021, unos 260.000 hogares reciben el IMV, en los que viven más de 680.000 personas. A continuación, se ofrece un detalle más exhaustivo de estos datos.

TITULARES DEL INGRESO MÍNIMO VITAL POR GRUPOS DE EDAD	
Menos de 24 años	3.310
Entre 24 y 35 años	51.328
Entre 36 y 45 años	88.913
Entre 46 y 55 años	75.390
Entre 56 y 65 años	40.340
Más de 65 años	915

Fuente: www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/inclusion/Paginas/2021/170521-ingreso_minimo_vital.aspx

TITULARES DEL INGRESO MÍNIMO VITAL POR TIPO DE UNIDADES DE CONVIVENCIA	
Un adulto	67.724
Un adulto y un menor	46.645
Un adulto y dos menores	21.288
Un adulto y tres menores	4.462
Un adulto y más de tres menores	906
Dos adultos	21.664
Dos adultos y un menor	27.678
Dos adultos y dos menores	28.258
Dos adultos y más de dos menores	20.053
Tres adultos	7.479
Tres adultos y un menor	4.765
Tres adultos y más de un menor	4.371
Cuatro adultos	2.204
Cuatro adultos y un menor	1.057

Fuente:www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/inclusion/Paginas/2021/170521-ingreso_minimo_vital.aspx

4. ANÁLISIS DEL RÉGIMEN JURÍDICO DEL INGRESO MÍNIMO VITAL. FORTALEZAS Y DEBILIDADES

4.1. Prestación vitalicia frente a la pobreza y de gestión reforzada

Como ya he puesto de manifiesto, el aspecto más destacable del IMV es que por primera vez estamos ante una prestación dentro del Sistema de Seguridad Social que tiene por contingencia exclusiva la pobreza y que la atiende con carácter vitalicio. Al mismo tiempo, como aspecto más sorprendente, encontramos el hecho de que no se contempla ningún itinerario específico de inclusión social de los beneficiarios, como realización de cursos de formación o un plan para la adquisición de una vivienda, o la necesidad de no rechazar ninguna oferta de empleo que pueda proceder del Servicio Público correspondiente. Es más, no se les exige ni siquiera estar inscritos como demandantes de empleo antes de la solicitud (sí deberán hacerlo con posterioridad). La atención de la pobreza es siempre una cuestión de enorme complejidad. A mi juicio, es mucho más eficaz la atención de proximidad; es decir, que se ayude a las personas sin recursos mediante los servicios sociales locales, que conocen a las familias de las diversas zonas o a las personas que malviven en soledad, o carecen de hogar o vivienda, etc. Es cierto que la gestión centralizada a nivel estatal facilita una menor humillación de los solicitantes, que no son conocidos por los funcionarios que han de resolver las distintas solicitudes y puede haber una mayor apariencia de derecho subjetivo. En un primer momento, la norma se inclina por la segunda opción y si bien alguna referencia a las Corporaciones Locales se encuentra, lo cierto es que no será hasta la reforma de febrero de 2021 para observar un papel mucho más relevante de los servicios sociales. De este modo, podría ser conveniente, como de hecho en parte va a suceder, que las solicitudes puedan ir acompañadas de informes de los servicios sociales que sirvan para dotar al órgano resolutorio competente de un mayor conocimiento de las circunstancias del solicitante o de la unidad de convivencia que desea convertirse en beneficiaria del IMV.

En relación con lo anterior se prevé la posibilidad de que entre la Seguridad Social estatal (INSS) y las CCAA se puedan firmar acuerdos de cooperación para la gestión de la prestación, lo que permitirá que sean estas las que realicen gran parte de la gestión y que remitan al INSS el "certificado de cumplimiento de requisitos" que dará fe de la realidad de la constitución de una unidad de convivencia en los términos requeridos por el RDL así como de resto de requi-

sitos, salvo el de "vulnerabilidad económica" que queda reservado al INSS[10]. También, dentro de este ámbito colaborativo, aparece la figura del "mediador social", que se identifica con Entidades del tercer sector de acción social de carácter estatal (ONG, Cáritas, Cruz Roja…), que deberán registrarse para desempeñar las funciones de mediador en el Registro de Mediadores Sociales del Ingreso Mínimo Vital, dependiente del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones[11].

4.2. Derecho de naturaleza mixta. Titulares. Beneficiarios. La función del domicilio y el hecho de la convivencia en él

Más compleja es la regulación del titular del derecho al IMV. Y ello porque si bien la figura no plantea ningún problema cuando aquel vive solo en un domicilio, no se puede decir lo mismo de la consideración de la unidad de convivencia como "conjunto de personas beneficiarias", de las cuales se designa un titular a los efectos de que actúe como una especie de representante de la unidad, de manera que se distingue entre "titular" y "beneficiario/s". Por tanto, tal diferencia carece de interés cuando el acceso al IMV se produce por quien vive solo. El IMV adopta en este último caso una visión personalista e individualista, pues no atiende al hecho de que pueda haber familiares que colaboren con el sostenimiento de la persona que vive en soledad. En esto, se adopta un rasgo propio de la renta básica o de ciudadanía, pero olvida algo tan humano como es la inserción en una familia; algo que por los Estados debe fomentarse si se asume la familia como célula esencial de la sociedad.

En el caso de la persona que vive sola, lo decisivo es que no conviva en el domicilio con ninguna otra con la que pueda constituir la "unidad de convivencia" de acuerdo con el concepto legal que se ofrece de esta. De este modo, no se trata siempre y en todo caso de un domicilio donde solo esté empadronada una persona, sino que puede tratarse de un domicilio donde vivan varias personas pero, al menos, una de ellas no forma una "unidad de convivencia" con las otras. De ahí que el concepto de dicha unidad pasa a ser decisivo y de ahí que también resulte impreciso el art. 1 RDL cuando ofrece simplemente dos opciones: a) personas que vivan solas o b) integradas en una unidad de convivencia; pues habrá una tercera opción: personas que, pese a compartir el

10 Art. 29.
11 DT 8ª.

domicilio con otras (luego en sentido estricto no viven solas), no formen con estas una unidad de convivencia. Si se quisiera salvar la imprecisión, habría que entender que en un mismo domicilio físico habría varios domicilios distintos a los efectos del acceso al IMV.

4.2.1. Persona que vive sola o asimilada a esta

Vive sola la persona que cumple estos dos requisitos: a) estar empadronada y morar sin convivencia alguna en un domicilio físico; b) No estar unida a otra por vínculo matrimonial o como pareja de hecho, o, estándolo, una u otra han iniciado los trámites de separación o divorcio -si había matrimonio- o han procedido a la disolución y baja en el Registro correspondiente -si se trataba de una pareja de hecho-[12].

Se asimila a la anterior:

1ª) La mujer que sea víctima de violencia de género o de trata de seres humanos y explotación sexual y no cumpla el requisito b) anteriormente señalado[13].

2ª) La persona usuaria de una prestación de servicio residencial, de carácter social, sanitario o socio-sanitario. De acuerdo con la Ley de Promoción Social de la Autonomía y la Dependencia, se contempla en su catálogo el Servicio de Atención Residencial, consistente en la plaza en una residencia que facilita una Administración Pública -en un Centro propio o concertado- a una persona mayor en situación de dependencia[14].

3ª) La persona que, cumpliendo el requisito b) señalado, tiene por domicilio una habitación de un establecimiento hotelero o similar, o una zona de uso exclusivo dentro de un domicilio donde moran otras personas[15].

4ª) La persona que convive en el mismo domicilio con otras personas con las que no forma unidad económica de convivencia siempre que se pueda calificar su situación como de "riesgo de exclusión social"[16].

12 Art. 4.1.b), pfo. 1º.
13 Art. 4.1.b), pfo. 2º.
14 Arts. 4.2 RDL y 15.1.e) (i) y 25 Ley 39/2006.
15 Art. 6 ter, 2 y 3 RDL.
16 Art. 6 quater.

4.2.2. Unidad de convivencia

La unidad de convivencia, como suele ser habitual en nuestro Derecho, no se limita a los padres e hijos menores de edad a su cargo, sino que se define de forma más amplia, incluyendo la pareja de hecho así como los ascendientes. Esta situación plantea la cuestión de quién es realmente quien ostenta el derecho subjetivo al IMV: ¿lo es la unidad de convivencia en su conjunto, aunque carezca de personalidad jurídica? ¿O estamos ante un derecho subjetivo de cada uno de los integrantes de dicha unidad que serán titulares de la parte alícuota de IMV que se pueda reconocer?

Aunque las CCAA lleven ya años reconociendo a la unidad familiar o de convivencia como beneficiaria de la renta mínima de inserción correspondiente, no parece que esta cuestión se haya estudiado por la doctrina con detenimiento, siendo cierto, por otro lado, el hecho de que la normativa diverge de una CA a otra. La regulación del IMV, de carácter uniforme para todo el territorio nacional, nos permite reflexionar sobre ello. En este sentido, la cuestión no es de fácil respuesta. Vaya por delante que resulta claro que, efectivamente, el carácter de derecho subjetivo entendido como aquel que se reconoce sin discrecionalidad -ni en la valoración de los requisitos ni en la necesidad de seleccionar entre varias solicitudes por razón de dotación económica limitada- se da prácticamente al cien por cien, ya se trate de un solicitante individual (el que vive solo) o de una unidad de convivencia, caso en el que quien realiza la solicitud es uno de sus integrantes que cumpla determinada edad y que recibe por ello la calificación de "titular". Lo que no lo es tanto es la relación que se establece entre dicha categoría y grupos de personas, como sucede con la unidad de convivencia. Es más, si la consecuencia del ejercicio de tal derecho es la adquisición de un bien-prestación inicialmente pública que se privatiza, surge de inmediato la cuestión de quién pasa a ser el propietario de la misma en el caso de la unidad de convivencia. Un indicio a favor de identificar como propietario del derecho subjetivo a quien es titular lo constituye el hecho de que se abona a una cuenta corriente a la que solo se le exige que esté a nombre de aquel, junto al hecho de que su fallecimiento provoca la extinción de la prestación[17]. Es decir, no se produce una sucesión por otro beneficiario que pudiera cumplir los requisitos para ser titular. De este

17 Arts. 11.2 y 15.1.a) RDL, respectivamente. Así sucede en el caso de Renta de Ciudadanía italiana que luego se aborda (V. Ravelli, F., "Una introducción a la Renta Ciudadana en Italia", *Trabajo: Revista Iberoamericana de Relaciones Laborales*, nº 38/2020, p. 151).

modo, no hay una cotitularidad del derecho y, por tanto, del IMV. Se cumpliría así el carácter de "intransferible" que le atribuye el art. 3.e) RDL.

Sin embargo, al mismo tiempo, se encuentran otras referencias que inducen a pensar que la titularidad es colectiva: el titular solicita y percibe el IMV actuando como representante de la unidad de convivencia en su conjunto (art. 5.1, pfo. 1º); la solicitud es firmada no solo por el titular sino por todos los integrantes de la unidad de convivencia que sean mayores de edad (art. 5.1, pfo. 2º); los beneficiarios no titulares asumen obligaciones de información de circunstancias que pueden afectar a la conservación del derecho al IMV e, incluso, han de suplir al titular si este omite determinadas obligaciones que la norma le impone (art. 33.2 RDL); tanto el titular como el resto de beneficiarios deberán participar en las estrategias de inclusión promovidas por el Ministerio, por lo que no es exclusivamente el primero quien asume obligaciones de hacer (art. 33.1.i) y 33.2.g). Al mismo tiempo, y de forma un tanto extraña, el INSS se atribuye la potestad de "acordar el pago de la prestación a otro de los miembros de la unidad de convivencia distinto del titular", lo que es de nuevo indicio de un derecho de titularidad colectiva, no subjetivo en el sentido de individual y propio; y digo "de forma extraña" porque supone una decisión administrativa que no va acompañada de causa justificativa y que se presenta como unilateral y no consensuada con la unidad de convivencia, remitiéndose al futuro reglamento para más detalles.

Pese a todo, la norma no confirma ni lo uno ni lo otro; ni si el IMV se considera distribuido de algún modo entre los beneficiarios ni se estos pueden fiscalizarse entre sí o reclamar su alícuota parte. A mi juicio, la división del IMV entre el número de integrantes de la unidad de convivencia es complicado, porque muy probablemente podrán surgir desacuerdos ante dicho reparto. La opción de presente, mixta por la figura del titular-representante, remite el reparto a lo que internamente decida la unidad, por lo que quedará a la discreción del titular de la cuenta corriente donde el ingreso se abone. Ello repercutirá en una menor responsabilidad de la ayuda por parte del resto de integrantes de la unidad de convivencia.

4.2.3. La función del domicilio

Ya se ha podido concluir la importancia que tiene el domicilio como espacio físico que permite acreditar tanto la no-convivencia como la existencia de la

misma. El domicilio permite así considerar integradas en la misma "unidad" a parientes con vínculo de afinidad o a personas sobre las que se despliegue una guarda legal con fines de adopción o un acogimiento familiar permanente. De ahí que pueda suceder que se produzca el fallecimiento del único beneficiario de la unidad de convivencia que tuviera un vínculo de consanguinidad con el titular, existiendo otros en distinta relación de parentesco, lo que no producirá la desaparición de la "unidad de convivencia"[18].

Pese a todo, parece ser necesario la acreditación separada del requisito del domicilio español (certificado de empadronamiento) y de la unidad de convivencia (libro de familia, certificado del Registro Civil). Esto permite el cómputo de quien no es familiar consanguíneo descendente pero convive en el domicilio, así como de quien declara vivir solo el solicitante vive solo pero no se aporta el trámite de separación o divorcio, pese a que el cónyuge o la pareja de hecho pueda estar empadronada en domicilio diverso[19].

Si bien, inicialmente, el legislador limitó, mediante la referencia al domicilio, el número de derechos de IMV que se podían reconocer (dos como máximo), la regulación actual no ofrece tope en este sentido; muy probablemente por el hecho, ya comentado, de que el concepto se ha flexibilizado enormemente. Por un lado, se consideran "domicilios" los establecimientos colectivos (residencias, conventos, hoteles, hostales, apartahoteles, hoteles-apartamentos, moteles, pensiones, etc.), las infraviviendas (chabolas, caravanas, cuevas…) y los domicilios ficticios (la sede de una ONG, o de los Servicios Sociales del Ayuntamiento de la localidad, albergues municipales, o un punto geográfico concreto donde se pernocta -calle, soportal, etc.-). Y, por otro lado, se permite que en un mismo domicilio -entendido como vivienda (piso, apartamento, casa, etc.)-, puedan cohabitar varias unidades de convivencia y beneficiarios individuales siempre que unas y otros puedan acreditar un uso diferenciado suficiente de los espacios y zonas de aquella. Sirven como medios de acreditación un contrato, verbal o escrito, o un certificado de los Servicios Sociales, que indiquen que, pese al empadronamiento común, no hay vínculos propios de la unidad de convivencia y se produce el uso separado de una habitación o una zona determinada de la vivienda.

18 Art. 6 RDL.

19 Arts. 19, apdos. 3-4 y 4.1.b), pfo. 1º RDL, respectivamente.

Junto a lo anterior, el legislador considera unidades de convivencia independientes, pese a existir lazos de parentesco que pudieran conducir a pensar que se está ante una unidad de convivencia común, la que se incorpora al domicilio por circunstancia sorpresiva: abandono del hogar familiar habitual por la mujer víctima de violencia de género, o por quien ha iniciado los trámites de separación matrimonial, nulidad, divorcio, o por el integrante de una pareja de hecho que se ha disuelto; o por desahucio, accidente o fuerza mayor. Se trata de casos en donde la unidad se incorpora al domicilio de otra unidad de convivencia con la que tiene lazos familiares, pero que el legislador decide no "fusionar", respetando así la independencia de vida que la primera venía teniendo con anterioridad a que sucedieran las circunstancias mencionadas. Tal consideración tiene un plazo límite para todos los casos diversos al de la mujer víctima de violencia de género: tres años desde que se produjeron los hechos. Parecerá que serán vías suficientes de acreditación de las distintas situaciones la sentencia condenatoria de un delito de violencia de género u orden de protección[20], así como las demandas o resoluciones judiciales para los supuestos relacionados con el matrimonio. Nada se dice en relación con las parejas de hecho ni con los eventos de desahucio, etc., pero entiendo que servirá el documento de disolución en el primer caso, así como cualquier documento que sirva para probar los mencionados en segundo lugar. Considero que también en todos estos casos que vengo comentando los Servicios Sociales municipales desempeñarán una función importante de verificación[21].

Finalmente, en cuanto al domicilio, en la definición amplia que se ha venido señalando, podrá darse el caso de convivencia -sin que sea posible diferenciar zonas del domicilio (luego en situación de efectiva y permanente convivencia)- de personas que carezcan entre sí de lazos de parentesco pero que se encuentren en "situación de riesgo de exclusión social"[22]. Según la Comisión Europea, una persona se encuentra en riesgo de pobreza y exclusión social cuando cumple los siguientes tres puntos: 1) No alcanza a disponer del 60% del SMI, incluso percibiendo ayudas del Estado; 2) existe desempleo de larga duración; y 3) no

20 La relación completa de posibilidades de acreditación en art. 23 Ley Orgánica 1/2004, 28-12, de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género.

21 Arts. 6 bis y 19, apdos. 4 y 6 RDL. Lo cierto es que la relación entre domicilio y unidad de convivencia ha suscitado no pocas dudas en la doctrina, como las que expone Selma Penalva, A., "Ingreso Mínimo Vital: Situación legal y cuantía", en VVAA (Sempere Navarro, A. V., García Gil, M. B., Dirs.), *Ingreso Mínimo Vital*, Edit. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2021, p. 78.

22 Art. 6 quater.

le resulta posible acceder, al menos, a cuatro de los siguientes ítems: a) Pago del alquiler o de facturas de servicios públicos; b) calefacción; c) gastos inesperados; c) alimentación de carne, pescado o proteínas equivalentes cada dos días; d) vacaciones fuera del hogar de una semana de duración; e) vehículo; f) lavadora; g) televisión en color; y h) teléfono[23]. La acreditación del riesgo de exclusión social se realizará por los servicios sociales competentes o por los mediadores sociales[24].

4.2.4. La pareja de hecho

Un poco confusa resulta la admisión, como beneficiarios o no, de quienes sean pareja de hecho. En principio, dicha situación afectiva no posee una regulación estatal sino que existen leyes autonómicas que determinan su concepto y sus derechos, haciendo referencia a preceptos de los respectivos Estatutos de Autonomía que vienen a constituir la base jurídica para llevar a cabo dicha regulación. En el caso del IMV, se ha optado por una definición única y común de pareja de hecho[25], lo que ciertamente va a resultar problemático si tenemos en cuenta que se prevé la gestión de esta prestación por las CCAA (cuyas definiciones pueden ser diversas). Además, cuando se ofrece esa definición de pareja de hecho al principio de la norma, aunque hay un término que indica cierta formalidad ("constituida") no aparece referencia alguna a tiempo de inscripción en un registro y sí a un requisito de hecho prolongado (convivencia "de forma estable y notoria con carácter inmediato a la solicitud y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años"). Posteriormente, sí se exige la inscripción registral durante dos años (o documento público que acredite dicha convivencia durante dicho plazo[26]), relativizándose el requisito de los cinco años de convivencia ininterrumpida, por lo que no se entiende bien esa disparidad. Al mismo tiempo, en las denominadas "situaciones especiales" de convivencia se contempla como posible beneficiaria diferenciada la persona, cuya situación de pareja de hecho se disuelve, que pasa a cohabitar con otros familiares. Y se hace la siguiente la pun-

23 Tomo la referencia de: www.anaconesa.com/responsabilidad-social/que-es-el-certificado-de-exclusion-social

24 Arts. 19.10 y DT 8ª.1 RDL.

25 Art. 6.1, pfo. 2º RDL: "se considerará pareja de hecho la constituida con análoga relación de afectividad a la conyugal con al menos dos años de antelación, por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona y hayan convivido de forma estable y notoria con carácter inmediato a la solicitud de la prestación y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años".

26 Art. 19.4 RDL.

tualización: "En el supuesto de parejas de hecho no formalizadas que hubieran cesado la convivencia, la persona que solicite la prestación deberá acreditar, en su caso, el inicio de los trámites para la atribución de la guarda y custodia de los menores"[27]. De inmediato, surge la cuestión de si se está ofreciendo protección a esta situación pero no a la de la pareja de hecho no formalizada que sí convive. Parece que la respuesta debe ser afirmativa a la protección de ambas: existen muchas parejas de hecho en situación de pobreza que no han formalizado su situación. En conversación con un Director del INSS, me informaba de que se estaban reconociendo los derechos al IMV también a parejas de hecho no formalizadas siempre y cuando tuvieran un menor a su cargo. Pienso que, de nuevo, la función de los servicios sociales y de los mediadores sociales podrá ser relevante para acreditar la realidad de estas situaciones de convivencia que, en el fondo, es lo que le interesa y preocupa al legislador.

4.2.5. Mujeres víctimas de violencia de género y personas inmigrantes

Las víctimas de violencia de género constituyen el colectivo con requisitos más flexibles para acceder a esta prestación. Aparte del hecho ya mencionado de que constituyen una unidad de convivencia independiente en caso de que se vean obligadas a abandonar su domicilio habitual por este motivo y recurrir al de otros familiares, el legislador no condiciona a tiempo alguno la referida condición independiente (sí lo hace en los restantes casos análogos para los que fija un tiempo máximo de situación especial de tres años), y les otorga otras facilidades: a) No se les exige la edad mínima de 23 años para solicitar el IMV a título individual, bastando con la mayoría de edad; b) pueden compatibilizarlo con una prestación permanente de servicio residencial (y no temporal, como sucede para el resto de solicitantes); c) se les exige la residencia legal y efectiva en España, pero sin requerirles la misma durante el año inmediatamente anterior a la fecha de presentación de la solicitud; d) si forman parte de una unidad de convivencia, se les exonera de haberse incorporado a ella desde un año antes de la solicitud del IMV; e) pese a que pudiera estar unida por matrimonio o ser pareja de hecho, se le incrementa la cuantía del IMV con el complemento de monoparentalidad siempre que esté acompañada por uno o más descendientes hasta el segundo grado, menores de edad, sobre los que tenga la guarda y custodia o, en su caso, uno o más menores en régimen de acogimiento familiar

27 Art. 6 bis.1.b) *in fine* RDL.

permanente o guarda con fines de adopción. La mayoría de estas ventajas se hacen también extensivas a las personas víctimas de trata de seres humanos y explotación sexual[28].

En cuanto a las personas inmigrantes, el temor del "turismo social" se frena mediante la exigencia de disponer de la condición de residentes en nuestro país, así como de periodos de tiempo de residencia previos e, incluso, de cotización previa al Sistema para acreditar la vida independiente si no se superan los 30 años de edad[29].

4.3. Cuantía, financiación y relación con otras prestaciones públicas

No existe una cuantía única y común en concepto de IMV que se conceda en todo caso, sino que esta será variable en función de varios factores que entran en juego: en primer lugar, si se trata de un solicitante individual o de una unidad de convivencia; en segundo lugar, según sea el importe de los ingresos propios (y, en su caso, el valor del patrimonio) que el solicitante o la unidad posean; finalmente, si la unidad de convivencia tiene carácter monoparental o si alguno de sus miembros se encuentra en situación de dependencia o afectado por una incapacidad laboral. Todo lo anterior se completa con unas cuantías mínimas y máximas del IMV. Para el año corriente, la cuantía mínima asciende a 10 €/mes y la máxima puede alcanzar los 469,93 €/mes (solicitante individual) o los 1.137,23 €/mes (unidad de convivencia). Se recuerda que un solicitante individual no puede formar parte, al mismo tiempo, de una unidad de convivencia; y que solo es posible percibir un IMV por cada unidad de convivencia[30].

Respecto de su financiación, se autorizó en 2020 una modificación presupuestaria para dotar el crédito necesario (500.000.000 €). Para 2021 se prevén 3.016.910 €.

En cuanto a la posible percepción simultánea del IMV y otras prestaciones públicas, la cuestión más interesante se presenta en relación con las rentas mínimas de inserción autonómicas, con las que el IMV tiene cierto parecido. El planteamiento del legislador estatal es favorable a que se puedan compatibilizar el IMV y la RMI autonómica de que se trate; de hecho, deja señalado de

28 Arts. 4.1.b), pfo. 2º; 4.2, pfo. 2º; 5.2, pfo. 2º; 6 bis.1.a); 7.1.a), 3º; 7.3, pfo. 2º; 10.2.c), pfo. 2º RDL.

29 Arts. 6.2 y 7 RDL.

30 Arts. 10 RDL y 44 Ley 11/2020, 30-12, de Presupuestos Generales del Estado.

manera explícita que dicha RMI no se computa como ingreso que pueda actuar como cuantía diferencial en el sentido de que disminuya el importe del IMV a percibir[31]. Sin embargo, es también cierto que el IMV, en términos políticos, resta un cierto protagonismo a las rentas autonómicas y sitúa a las CCAA en la tesitura de decidir si optan por la compatibilidad total o parcial, o por la incompatibilidad, derivando al IMV a quienes de entre sus residentes puedan acceder a él y enfocando los recursos que puedan quedarse libres a otros colectivos o a otras necesidades. Por otro lado, una de las razones que motivó la aprobación del IMV fue la lentitud de reconocimiento de las ayudas autonómicas, por lo que la realidad de los problemas de compatibilidad puede tardar todavía un tiempo en llegar[32].

5. PANORÁMICA DE DERECHO COMPARADO RELATIVA AL IMV

5.1. México[33]

Impulsados con fuerza por la situación de la pandemia, así como por la Recomendación de la ONU y la aprobación de la norma española, se asiste desde el pasado mayo de 2020 al debate del establecimiento de una prestación que atienda a las personas en situación de pobreza extrema. La misma no se plantea como pensión sino como una prestación de seis meses de duración. Se trata de una iniciativa que se propone a nivel federal y no de cada uno de los Estados que integran la República de México. De hecho, hay una iniciativa de ley registrada. Se critica, en particular, la insuficiencia y la opacidad de las ayudas que actualmente dispensa el Gobierno mexicano frente a la pobreza. Se valora el paso que supuso el establecimiento de los "pisos de protección social"[34],

31 Arts. 8.2, pfo. 2º y 18.1.e), 1º RDL.

32 Así, por ejemplo, la prensa española se ha hecho eco recientemente de las devoluciones de la renta de inclusión social gallega (RISGA) al pasar a recibir el IMV (www.lavozdegalicia.es/noticia/economia/2021/05/19/2000-beneficiarios-renta-minima-deberan-devolver-risga/0003_202105G19P30991.htm).

33 Para la elaboración de este apartado, he seguido la obra VV.AA. (Ruiz Moreno, A. Coord.), *El Ingreso Mínimo Vital. Una propuesta para México*, Edit. Tirant lo blanch, Ciudad de México 2021. Los autores que se citan en el texto han participado en dicha obra.

34 El "piso de protección social" consiste en un "conjunto de prestaciones no cuantificables, sin encontrarse especificadas en la ley, garantizadas por el Estado y encaminadas a las personas en estado de vulnerabilidad, con la intensión de brindarles en un primer término la protección social básica para poder elevar su calidad de vida. Una vez que cuenten con la protección base, buscar los medios adecuados para garantizar un segundo piso de protección, lo que se traduciría en la incorporación a una institución de Seguridad Social; y por último escalar un piso más de protec-

impulsados por la ONU en 2011, pero se piensa que ha llegado ya el momento de dar el paso hacia un ingreso que otorgue un derecho subjetivo y no quede a la discreción del gobernante (esto último recibe una dura crítica denominándolo "asistencialismo clientelar").

Conviene tener presente que en México no existe un seguro por desempleo, que constituye quizás un paso previo a la hora de establecer el IMV en un país[35]. Lo que sí se permite es el uso de recursos para el momento del retiro (jubilación), según explica Gallegos Berzunza.

Según la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se trata de un derecho determinado[36], pero -como afirma Reynoso Castillo[37]- cabe entender que muchos derechos constitucionales lo precisan (el derecho al IMV) para hacer realidad sus contenidos.

Siguiendo a Magaña Martínez, García, Sosa y Rodríguez Cebreros, conozco que se han presentado diversos proyectos legislativos que intentan incluir en el marco jurídico nacional el IMV como "una garantía económica para los mexicanos ante situaciones de infortunio, sea por una emergencia sanitaria o situaciones climáticas extraordinarias, a través de la entrega de un monto a las personas afectadas por estas situaciones especiales, apoyo que se recibiría por un tiempo determinado y por un monto económico considerado conforme a la Línea de Bienestar publicada por el Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social". Estos mismos autores advierten de que "también algunas de estas iniciativas legislativas se presentan como respuesta a la emergencia sanitaria suscitada por el Covid-19, y la situación de pobreza y falta de empleo prevaleciente en el Estado mexicano, lo cual se acrecentó por esta emergencia de salud mundial"[38].

En general, la doctrina citada considera que la inclusión del IMV en la Seguridad Social dotaría a la prestación de estabilidad en el tiempo, a salvo de los cambios de los partidos políticos que asumen el Gobierno del país. Igualmente,

---

ción social, mediante la contratación de seguros privados" (tomo la cita de Ortega Maldonado, J. M., p. 150, quien a su vez la toma de López Pérez, E., "Pisos de protección social en México como derecho objetivo", Tesis para obtener el Grado de Maestría en Derecho; Facultad de Derecho, UAEM, 2018, pp. 74-75).

35 *Op. cit.*, pp. 106-109, 240-241.

36 Sentencia de amparo directo 667/2012.

37 *Op. cit.*, pp. 47-49.

38 *Op. cit.*, pp. 127-128.

coinciden en la necesidad de una reforma constitucional que acoja el IMV. No obstante, se detectan algunas dificultades de implantación, ligadas fundamentalmente a su financiación, no siendo comparable el caso mexicano con el español, pues el porcentaje de personas en situación de pobreza es superior en el primer país en relación con lo que acontece en el segundo.

5.2. Italia

En Italia se aprueba el *Reddito di Cittadinanza* así como la *Pensione di cittadinanza* por el d.l. 28 enero 2019, n. 4, que entró en vigor el día 6 de marzo de 2019[39].

En cuanto al *Reddito*, consiste en una ayuda para las familias que se encuentren en una situación de dificultad económica y va unida a la reinserción en el mercado laboral. Análoga al anterior es la *Pensione*, si bien se diferencia en que se concede a familias cuyos miembros han cumplido ya los 67 años. La pensión puede también concederse si la unidad familiar se compone, junto a personas que han cumplido la edad señalada, de personas con una discapacidad grave, aunque tengan una edad inferior a los 67 años. La renta de ciudadanía de una unidad familiar se convierte en pensión cuando el último miembro de la familia cumple los 67 años.

En cuanto a los requisitos para tener derecho a la renta/pensión, se indican los siguientes: a) Tener la ciudadanía italiana o europea o ser extranjero con la condición de residente de larga duración, debiendo haberse residido en Italia durante 10 años, de los cuales 2 años deben ser inmediatamente anteriores y continuados a la solicitud[40]; b) El ISEE[41] debe ser inferior a 9.360 €/año; c) El valor del patrimonio inmobiliario de que se pueda disponer no debe superar los 30.000 €, exceptuándose la vivienda habitual, en tanto que los activos financieros no deben superar los 6.000 €, si bien esta cuantía puede incrementarse en función del número de miembros de la unidad familiar y de las personas con discapacidad que en ella convivan; y d) la renta familiar debe ser inferior al

39 La información que sigue se obtiene de las siguientes fuentes: www.redditodicittadinanza.gov.it; www.inps.it/docallegatiNP/Mig/AllegatiNews/Manuale_RdC_maggio_19.pdf

40 Una crítica por considerar excesivo el periodo de residencia, que atentaría al principio comunitario de igualdad de trato, en Ravelli, F., *op. cit.*, p. 146.

41 Siglas que corresponden a *Indicatore della situazione economica equivalente*, que se calcula teniendo en cuenta diversos parámetros: ingresos, patrimonio (mobiliario e inmobiliario) y la unidad familiar, número de convivientes y tipología. Puede consultarse dicha voz en Wikipedia.it.

resultado de multiplicar 6.000 € por la escala de equivalencia[42], reemplazándose los 6.000 € por 9.360 € si la unidad familiar reside en un piso alquilado.

El importe de la renta o de la pensión no podrá superar la cuantía resultante de multiplicar 9.360 €/año por el parámetro de la escala de equivalencia (v. nota al pie) y disminuirlo en el importe de los ingresos familiares, ni ser inferior a 480 €/año. La duración máxima de la renta es de 18 meses, en tanto que la pensión es vitalicia.

5.3. Sudáfrica

No existe una prestación parecida al IMV. Pese a todo, he preferido elegirlo como país de comparación en lugar de otros en donde se han llevado a cabo experimentos de Renta Básica, como son Namibia (impulsado por un Fondo económico privado[43]) o Kenia (vinculada a la ONG *Give Directly*[44]), pero que tienen alcance limitado, luego no son concluyentes, y donde no existen prestaciones frente a la pobreza de carácter estatal y estables.

La web del Gobierno de Sudáfrica y, más en concreto, la que se refiere al Ministerio de Desarrollo Social y a la Agencia Sudafricana de Seguridad Social (SASSA), se refieren al "Social relief of distress" (Alivio Social de la emergencia), como ayuda vinculada a la situación de la pandemia por Covid-19 que ha afectado a los ciudadanos del país. Al parecer, se trata de una concreción de una regulación de estas ayudas más estable y caracterizada por situaciones diversas (defunción, prisión, grave enfermedad psiquiátrica, etc., de la persona que proporciona los ingresos para la familia), entre las cuales se menciona la de emergencia. Su importe es de 350 rands/mes y se dirige a ciudadanos sudafricanos, extranjeros con residencia permanente en el país así como a refugiados registrados en el Ministerio de Asuntos Exteriores. Se exige la residencia en el país, tener una edad igual o superior a los 18 años, estar desempleado, carecer

42 Esa escala de equivalencia significa multiplicar 6.000 € por un factor que resulta de computar el valor "1" por el primer miembro de la unidad familiar, añadiéndose 0,4 por cada miembro adicional que sea mayor de edad y 0,2 por cada miembro adicional que sea menor de edad (www.money.it/Calcolo-reddito-familiare-2019-cittadinanza).

43 www.ipsnoticias.net/2011/02/namibia-dinero-para-combatir-la-desigualdad. Una visión de la situación de la Renta Básica en el mundo en Gutiérrez-Solar Calvo, B., "El debate sobre la renta básica universal fuera de España: experiencias comparadas", *Trabajo: Revista Iberoamericana de Relaciones Laborales*, nº 38/2020, pp. 88-101.

44 www.aceprensa.com/sociedad/economia/en-kenia-experimentan-con-la-renta-basica.

de ingresos y no ser beneficiario de otras ayudas sociales o de la prestación por desempleo. Los documentos a aportar son muy concretos: Número de identidad; sexo y, en su caso, discapacidad que se padezca; datos bancarios y de contacto; documento que acredite la veracidad de su residencia. La duración inicial prevista es de tres meses, pudiéndose prorrogar por otros tres meses más[45].

5.4. Corea del Sur

Desde 1999 funciona en este país el Sistema Nacional Básico de Garantía de Medios de Vida (NBLSS) dirigido a proporcionar diversas ayudas económicas para atender las necesidades tanto de sustento alimenticio como para gastos médicos, de vivienda y educación. Se trata de un sistema de lucha contra la pobreza que fue reformado en 2015 para aumentar el número de beneficiarios. Se considera como un derecho social. Las prestaciones médicas y educativas se proporcionan en especie, en tanto que las restantes se efectúan en dinero. Pese a todo, antes de su concesión, se comprueba con detalle si existen otros familiares con obligaciones de sostenimiento para los solicitantes, de manera que de haberlos no se procede al reconocimiento de la ayuda[46].

6. CONCLUSIONES

Las consecuencias de la pandemia por Covid-19 ha llevado a la preocupación de muchos países por la situación de mayor pobreza que van a padecer sus ciudadanos. Aunque constituía con anterioridad a 2020 un tema de preocupación y de advertencia tanto para la ONU como para la UE, los efectos del coronavirus han adelantado los tiempos, como puede comprobarse en el caso del Ingreso mínimo vital español o bien ha llevado a ofrecer una protección más intensa durante esta época a partir de la protección que ya existía, como ha ocurrido en Sudáfrica. España se sitúa así en línea con su vecino italiano y muchos países de la UE, mientras que México se plantea en estos momentos la oportunidad de aprobar una prestación estatal de este tipo, si bien son conscientes de las dificultades dado el tamaño tan considerable de población que habita su territorio.

No hay duda de que el Ingreso mínimo vital presenta sus dificultades a la hora de su puesta en marcha. Si se establecen unos requisitos demasiado estrictos

45 www.gov.za; www.gov.za/services/services-residents/social-benefits; www.sassa.gov.za/Pages/Social-Relief-of-Distress-Grant.aspx

46 Han, S., Gao, Q. (2020), "Does poverty alleviation help enhance social investment? The case of South Korea", *Journal of Asian Public Policy*, DOI: 10.1080/17516234.2020.1840955.

ocurrirá que serán pocos los beneficiarios de la ayuda; si estos son en exceso laxos, terminará por no poderse atender todas las solicitudes. El ingreso español puede servir de laboratorio en este sentido, dado que ha debido reformarse en varias ocasiones tras su aprobación, pues estaba más bien en la línea de rigor excesivo.

Junto a lo anterior, toda actuación frente a la pobreza exige en nuestros días la concesión de un derecho subjetivo perfecto. Prefiero utilizar el término "derecho subjetivo" en lugar de utilizar la voz "prestación asistencial", pues el asistencialismo tiene una clara connotación negativa en América Latina. Además, las prestaciones estatales se encuentran con la dificultad de que están en su gestión muy distantes de la realidad local y esto puede dificultar que se controlen datos de necesidad y de buen uso de lo concedido que son importantes. Se produce una dialéctica entre anonimato, intimidad, verdadera necesidad y acierto en la concesión de la prestación.

Entre las cuestiones más destacadas desde la lógica jurídica de lo prestacional, resalta la concesión del ingreso mínimo vital español a la unidad de convivencia, superando el planteamiento del derecho subjetivo individual que estaba presente en las tradicionales pensiones de invalidez y jubilación. Pero…, ¿resulta posible que una colectividad sea titular de un derecho *subjetivo*? ¿Se gana o se pierde la responsabilidad personal cuando se actúa de esta forma? Esta es una cuestión opinable, si bien este autor se inclina por utilizar mecanismos que contribuyan a la responsabilidad personal de cada beneficiario. El punto más débil todavía de la norma española es el escaso desarrollo de los mecanismos de inclusión social, de formación para el empleo o de la puesta de su parte de los beneficiarios para avanzar en la mejora de su situación.

Desde la perspectiva comparada, Europa destaca como continente con buena salud en la atención de las personas sin recursos, aunque todavía se debe hacer mucho más. Iberoamérica debe seguir creciendo. Y convendría seguir conociendo los Sistemas de Seguridad Social en otros continentes, aportando ideas e intercambiando experiencias provechosas, sabiendo que habrá que situarse -lógica y necesariamente- en el escenario cultural y social correspondiente.

Las ayudas económicas en orden a alcanzar una renta garantizada, como "motor" esencial del concepto de Seguridad Social o alternativa a los seguros sociales bismarckianos, seguirán estando muy presentes a nivel mundial en el próximo decenio.

LA JUBILACIÓN EN EL PERÚ: ¿PROTECCIÓN SOCIAL FOCALIZADA O UNIVERSAL?

JAVIER PAITÁN MARTÍNEZ

Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Magíster en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Docente de la Maestría de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la PUCP. Correo: jpaitanm@pucp.edu.pe.

ABSTRACT: In the face of retirement, we have a sui generis social protection model, conditioned by the historical evolution of the country, as well as by its constitutional and legislative norms that, with its advances and setbacks, has allowed coexistence, in the first place At the moment, of two contributory and mandatory systems: one public, and the other private. To these systems were added the complementary regimes, the voluntary regimes; and, recently, the non-contributory system of assistance (Pension 65 and Pension for people with severe disabilities), although the latter is still incipient. The idea of providing retirement pensions only to the working class that goes into retirement (targeted coverage) and not to all citizens who also reach the stage of old age (universal coverage) has been inherited from the past, which persists in our times, as the hegemonic narrative. Therefore, in the face of this reality, a new model of social protection is urgently needed to put together, given the imminent old age of the changing society, which always requires decent, adequate and efficient pensions in the face of said social risk; than what is proposed in the present work.

KEY WORDS: Retirement, pensions, pension system, reform, joblessness and multipillar model.

I. INTRODUCCIÓN

Vivimos en mundo que envejece. Muchas personas se jubilan, pero pocas reciben una pensión para afrontar las incertidumbres propias de la tercera edad, debido a que, en pleno siglo XXI, seguiría persistiendo la "falsa dicotomía entre focalización y universalismo" (Sojo, p. 21). Esto es, la garantía de la protección social enfocada en la clase trabajadora y no en la ciudadanía en general.

En América Latina, según nos recuerda Mesa-Lago (2004), los programas de seguro social se introdujeron mucho antes que otros países en desarrollo en África, Asia y Oriente Medio; a fines del decenio del 70 todos los países de la región tenían dichos programas en vigor, pero con diferencias notables (p. 13), siempre administrados por el Estado. A partir de la década de 1980, pasarían a cargo de las empresas privadas, con las reformas estructurales que se iniciarían en Chile, a partir de la creación de esquemas privados de protección social.

Los seguros sociales, desde sus inicios en el Perú, ha tenido como finalidad, a través de prestaciones económicas y de salud, brindar protección social ante las diferentes contingencias sociales, al que se encuentran expuestos, fundamentalmente, los trabajadores, como son la vejez o jubilación; pasando desde la previsión social hasta los seguros privados, inclusive, extendiéndose a los regímenes complementarios y voluntarios, así como a otros sistemas no contributivos de pensiones, debido al "progresivo aumento de la edad media de la población y de su expectativa de la vida actual" (Tortuero, 1997, p. 695).

En el Perú, el modelo de protección social en la jubilación, luego de haber pasado por un sistema de previsión social público a uno privatizado, se puede avizorar que, "es un sistema que no encaja [del todo] en ninguno de los modelos teóricos tradicionales, tanto el de Bismark (modelo contributivo, donde las aportaciones de los participantes del modelo financian los beneficios de esos mismos participantes, excluyendo a los que quedan fuera) como es el de Beveridge (modelo no contributivo donde la financiación proviene de impuestos generales y los beneficios tienen a ser universales)" (Gallego, 2015, p. 7).

Tenemos un modelo *sui géneris*, condicionado por la evolución histórica del país, así como sus normas constitucionales y legislativas, que con avances y retrocesos permite la coexistencia, en un primer momento, de dos sistemas contributivos y obligatorios, uno público (administrado por la Oficina de Normalización Previsional – ONP) y otro privado (administrado por las Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones – AFP), a los que se suman los regímenes complementarios y los regímenes voluntarios; y, recientemente, con un sistema no contributivo de forma asistencial (Pensión 65 y Pensión para personas con discapacidad severa), aunque todavía de manera incipiente.

Ahora bien, para hacer frente a diferentes fenómenos propios de la realidad social, entre otros que se presentan en pleno siglo XXI, del envejecimiento de la población, que también se ve afectada por la crisis económica y financiera globales, los cambios en el mundo del trabajo (desempleo, subempleo, nuevas formas de contratación a través de las plataformas virtuales, etc.), la llegada de pandemias; corresponde abordar el estudio de la institución jurídica de la jubilación en nuestro país, así como de los sistemas de pensiones, dentro del marco constitucional y legal vigentes, con miras a plantear la posibilidad de una reforma de las mismas.

Al ser la jubilación una institución que surge de un pluralismo de diferentes órdenes: político, económico y social, que se condicionan recíprocamente, corresponde que, desde la seguridad social en pensiones, se brinde una protección social no focalizada y sostenible en el tiempo: un nuevo modelo para armar.

II. LA INSTITUCIÓN JURÍDICA DE LA JUBILACIÓN: ETIMOLOGÍA Y DEFINICIONES

El término jubilación proviene del latín *iubilaeus* y del hebreo *yobel-júbilo* que, según Cabanellas (1986), significa "liberación de los esclavos, el retorno de las propiedades vendidas a los antiguos dueños, cada 50 años entre los antiguos

israelitas." Así pues, dicho término "pasó a la liberación del trabajo tras una larga vida dedicada a una actividad laboral" (p. 12); por lo que, se entiende a la jubilación como aquella "fiesta pública que solían celebrar los esclavos libertos o manumitidos en la era romana" (Fajardo, 1997, p. 209).

No obstante, el vocablo jubilación en el fondo denota una situación triste para la persona, pues en lo económico, se deja de percibir ingresos para satisfacer sus necesidades básicas y, en lo social, es objeto de un trato un tanto discriminador o de rechazo. Romero (1993) nos aclara que, "el hecho de que el hombre haya reservado la palabra "jubilación" para señalar la etapa casi postrera de su actividad laboral, puede ser una expresión inadecuada". Es pues, "la jubilación, antes que un beneficio, denota una etapa de la existencia, un estado personal al que, no obstante, la connotación etimológica señalada, pocos quisieran llegar, porque la realidad les muestra algo distinto al "Yobel" israelita" (p. 9).

En otras palabras, "la vejez o tercera edad, como generosamente se ha dado a llamarla, es la última etapa de la vida del hombre a la que debiera llegar tras un largo recorrido dedicado al trabajo". Así, "la jubilación deviene en un derecho ganado, que posibilita un descanso gozando de una renta suficiente para seguir viviendo con dignidad" (de Romero, 1993, p. 10), en un estado de reposo, donde se genera un ingreso después de un largo trayecto laboral.

En el Perú, la jubilación de las personas está relacionada más como un estado personal de sufrimiento y con reducido ingresos económicos o carentes de los mismos. Un grupo que, si bien merece especial protección, se encuentra desapercibido, invisible o, en el peor de los casos, excluido por la falta de políticas de protección social (así como en lo laboral).

Es así como, la jubilación, al conllevar "un estado personal (edad) y un ingreso especial (pensión)", como bien lo puntualiza Fajardo (1997), permite distinguir tres definiciones, a saber:

- *Desde el ámbito laboral*, la jubilación es entendida como el retiro de la actividad de un trabajador, al fenecer su prestación de servicios y, reemplazar la percepción de la remuneración, por una pensión, que conforme sigue avanzado su vida, lo conduce a serios problemas económicos, biológicos y psicológicos;
- *Desde el ámbito previsional*, la jubilación "es el derecho que le asiste a toda persona de dejar de ejercer una actividad remunerada y retirarse

del mercado de trabajo por razones de invalidez, vejez, o por su propia voluntad, percibiendo una renta vitalicia sustitutoria de la que percibía durante su vida laboral"; y,

- *Desde lo social*, "la jubilación viene a constituir un derecho al reposo, en especie de premio que la sociedad otorga a quienes han trabajado durante su juventud y su edad madura, debiendo descansar a partir de una determinada edad" (pp. 209-2010).

Por su parte, Abanto (2015) define a la jubilación, desde el ámbito previsional, como aquella "prestación dineraria de carácter vitalicio que se otorga cuando el trabajador cumple la edad mínima y/o acredita los años de servicio o aporte fijados por ley", siendo que la jubilación "puede ser voluntaria u obligatoria". Además, precisa dicho autor que la vejez fue el origen del concepto de jubilación, "pero —con el tiempo— se ha permitido la existencia de otras modalidades —como la jubilación por años de servicio— en las cuales no es un requisito la edad avanzada para acceder a una pensión" (p. 259), las mismas que serán definidas, cuando repasemos la regulación de la jubilación en la legislación previsional del Perú.

III. LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LA JUBILACIÓN: UN DERECHO SOLO DE LOS TRABAJADORES Y NO DE LA CIUDADANÍA

3.1. El derecho a la seguridad social y a la pensión (de jubilación) según la Constitución Política del Perú de 1993

En principio, es importante reconocer que la seguridad social es un avanzado mecanismo de protección social y es considerado un servicio público que, por ello, "es sin duda una de las estrategias políticas, económicas y sociales más importantes para cualquier país del orbe, más allá del tipo de gobierno o del perfil ideológico de sus gobernantes" (Ruiz, 2010, pp. 126-127).

Sin embargo, hoy en día dicho mecanismo de protección es considerado como un "mero postulado de corte político, una simple entelequia al no entenderse la trascendencia de lo que significa e implica dicha seguridad social"; esto es, como "un derecho humano y social de todos, inalienable e irrenunciable, establecido como un servicio público que debe brindar el Estado como responsable primario y final del sistema, atento a lo previsto en los artículos 22 y 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos" (Ruiz, 2010, pp. 126-127).

Con la Carta de 1979, se dio por primera vez la constitucionalización de la seguridad social en el Perú. Posteriormente, la Constitución Política del Perú de 1993, en el Capítulo II "De los Derecho Sociales y Económicos", diseñó un marco dentro del cual se conciben los cimientos de la seguridad social. Así, esta última Carta Magna reconoce, en sus artículos 10 y 11, el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para resguardar la dignidad de las personas –que son el fin supremo del Estado y la sociedad–, a través de dos tipos de prestaciones: las prestaciones económicas (pensiones) y las prestaciones de salud (atenciones médicas y/o subsidios); cuyo acceso a las mismas es de manera progresiva con un criterio de universalidad (Abanto, 2005, pp. 419-422). Asimismo, en su artículo 12, establece que los fondos y las reservas de la seguridad social son intangibles y que solo tienen fines y objetivos previsionales.

De esta manera, el Estado garantiza el libre acceso de estas, a través de entidades públicas, privadas o mixtas, supervisando su eficaz funcionamiento. Asimismo, en su artículo 12, establece que los fondos y las reservas de la seguridad social son intangibles y que solo tienen fines y objetivos previsionales.

Por lo expuesto, toda persona tiene derecho a la seguridad social, puesto que este es un *derecho humano fundamental* (inherente a todo ser humano y que permite el ejercicio de otros derechos), *irrenunciable* (no se puede ni se debe renunciar por ningún motivo), *inalienable* (no se puede ceder o vender), *imprescriptible* (nos acompaña desde el nacimiento hasta la muerte) e *indispensable para el respeto de la dignidad humana* (es el fin supremo del Estado y la sociedad).

La seguridad social, como una herramienta importante para la prevención y alivio de la pobreza, se gesta a través de las prestaciones de salud (atenciones médicas) y económicas (pensiones), siendo estas últimas una de sus principales preocupaciones. De modo que ha sido imprescindible su tratamiento especial y diferenciado frente a las demás prestaciones, adquiriendo –tanto a nivel normativo como en el teórico– una autonomía e independencia particular dentro de la estructura misma de la especialidad, a través del denominado *derecho previsional o pensionario*, que se encarga del estudio de las pensiones tomando en cuenta las características demográficas, sociales, económicas y políticas de cada país (Abanto, 2014, pp. 36-37).

Con las pensiones, cuyo estudio teórico y normativo está a cargo del derecho previsional, se permite : (i) otorgar protección –de manera prolongada o temporal– a la persona humana frente a diferentes estados de necesidad o contingencias

sociales, sea por la vejez, invalidez, muerte, entre otros riesgos, como es el riesgo sanitario producido por el covid-19; y, (ii) brindar prestaciones económicas suficientes, adecuadas e íntegras para cubrir los determinados estados de necesidad, sobre todo las consecuencias de la vejez. Estas finalidades están bajo la responsabilidad del Estado –y no de cada individuo–, ya sea a través de su intervención directa, a cargo del Estado, o de manera indirecta, a cargo de empresas privadas.

El modelo de pensiones *sui géneris* que tiene el Perú, está orientado principalmente a la clase trabajadora formal y, por consiguiente, su cobertura es parcial, dada la configuración actual de nuestro mercado laboral, que básicamente deviene de un sistema de pensiones basado en su interdependencia con el derecho del trabajo, que impide y dificulta la inclusión del conjunto heterogéneo que constituyen los trabajadores independientes, los desempleados, y de otros sectores rurales o urbanos.

Ahora bien, para acceder a una pensión de jubilación, definida como aquella prestación económica que se otorga cuando se presenta la incapacidad para el trabajo del asegurado producto de la edad avanzada o vejez, es indispensable que el asegurado cumpla los requisitos (primero) de edad –o, en algunos casos, de cumplimiento de ciertos años de servicios de prestación a la Administración Pública– y (segundo) años de aportación establecidos por ley en cada modalidad jubilatoria (Romero, 1993, p. 74; Falcón, 1994, p. 54). Así, la pensión de jubilación puede ser "por edad" o "por años de servicios", según el régimen previsional del que se trate.

IV. LOS SISTEMAS DE PENSIONES EN EL PERÚ Y SUS DIFERENTES NIVELES DE PROTECCIÓN SOCIAL: "LABORALIZADOS" Y "DESLABORALIZADOS INCIPIENTEMENTE"

El sistema de pensiones de la jubilación, para la clase trabajadora, responde a un modelo contributivo, obligatorio y de corte dual o paralelo. Es decir, habilita la coexistencia de dos regímenes jubilatorios, uno de reparto y el otro de capitalización individual. A dichos regímenes se suma, y complementa en algunos casos, los planes privados ocupacionales con determinada legislación; y, recientemente, se viene implementando un modelo no contributivo y asistencial, bajo la administración de una institución ajena al tema previsional (el Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social - MIDIS); tal como se detalla a continuación:

- El sistema público, conocido como el sistema de reparto o fondo común, que en la actualidad, es administrado por el Estado y se com-

pone de cuatro (4) regímenes previsionales o pensionarios que se rigen por los principios de la seguridad social (solidaridad, universalidad, integridad, unidad e internacionalidad), a saber: 1) el general, regulado por el Decreto Ley N° 19990 (SNP), administrado por la ONP (trabajadores del sector público y privado); y, 2) los especiales regulados por (1.1) el Decreto Ley N° 19846 (personal militar y policial), (1.2) el Decreto Ley N° 20530 (cerrado definitivamente) y (1.3) el Capítulo IX del Decreto Legislativo N° 894 y demás normativa aplicable sobre la materia (funcionarios diplomáticos).

- El sistema privado (SPP), regulado por el Decreto Ley N° 25897 y sus modificatorias, cuya administración de las pensiones de trabajadores públicos y privados, sean dependientes e independientes, están administrado por empresas privadas (AFP), bajo la supervisión de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS);
- El sistema complementario, el cual tiene "por finalidad otorgar prestaciones adicionales a las reconocidas por los sistemas obligatorios existentes" (Abanto, 2015, p. 265), esto es, acceder a una prestación económica adicional al reconocido por la ONP o la AFP; que está conformado, por ejemplo, por la Caja de Beneficios Sociales de Electrolima, la Caja de Beneficios y Seguridad Social del Pescador, la "cédula viva" Garcilasina, entre otros; y,
- El sistema no contributivo, el cual tiene por finalidad otorgar prestaciones a aquellas personas que se encuentran en un estado de necesidad crítico, y que no forman parte ningún régimen contributivo o complementario. Por ejemplo, Pensión 65. Este sistema de tipo asistencial y condicionada a la voluntad del gobierno de turno pretende plasmar el concepto de seguridad social del Convenio N° 102 de la OIT, aunque de manera incipiente, para cubrir el riesgo o contingencia social de la vejez, a aquellas personas que tengan o no la condición de trabajadores dependientes e independientes.

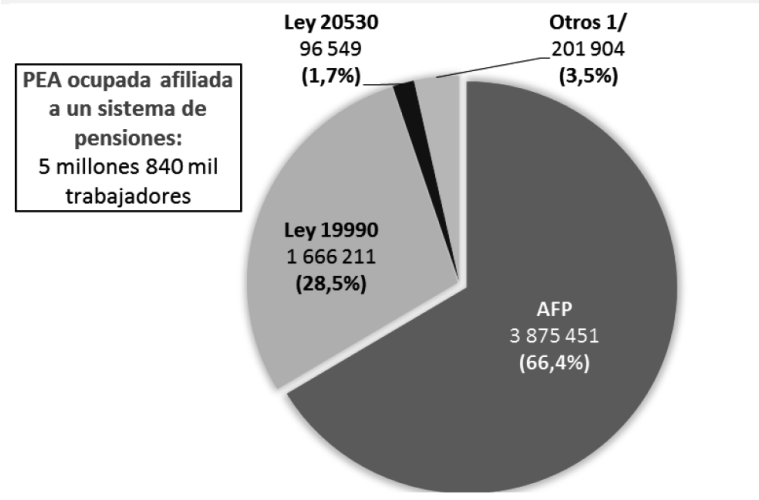
Cualquier trabajador solo puede afiliarse a la ONP o a la AFP, y no a ambas, y tampoco puede acceder a un sistema no contributivo. Sin embargo, de manera complementaria a su afiliación, ya sea al SNP o al SPP, puede pertenecer a un régimen complementario de jubilación o de corte voluntario, a cargo de empresas privadas o del mismo Estado.

La cobertura de protección social en pensiones en el Perú, desde el año 2004 hasta el 2017, ha evolucionado favorablemente. Es decir, se ha incrementado la

tasa de afiliación a un sistema de pensiones de la Población Económicamente Activa (PEA), de 16,9% en el 2004, a 30,7 en el 2011 y 35,4% en el 2017. Sin embargo, el incremento de dicha cobertura no implica necesariamente la garantía de una pensión de jubilación para el grupo que se encuentra afiliado a un sistema de pensiones; puesto que, "que, de cada 10 trabajadores en edad de trabajar, solo dos se encuentran ahorrando para su vejez a través de algún sistema de pensiones contributivo" (Bernal, 2020, p. 17).

Es así que, de la PEA Ocupada con acceso a protección social en pensiones, según los tipos de sistemas previsionales, por el periodo comprendido desde el 2004 al 2017, representa un total de 5 millones 840 mil trabajadores. De los cuales, 3 millones 875 mil 541 afiliados (66,4%) pertenecen a la AFP; 1 millón 666 mil 211 afiliados (28,5%) se encuentran en la ONP; 96 mil 549 afiliados pertenecen a la Cédula Viva (1,7%); y, 201 mil 904 afiliados (3,5%) a otros regímenes de pensiones. A diciembre de 2019, 7,4 millones de afiliados pertenecen a la AFP; 4,7 millones se encuentran en la ONP, y 180 mil al régimen militar policial (ONP, 2020).

Gráfico 1
PERÚ: PEA OCUPADA CON ACCESO A PROTECCIÓN SOCIAL EN PENSIONES, SEGÚN TIPO DE SISTEMA DE PENSIÓN, 2004-2017
(Absoluto y porcentaje)



Nota: La suma de las partes puede no coincidir con el total debido al redondeo de las cifras.
1/ Incluye caja de pensiones F.F.A.A. – PNP, entre otros.
Fuente: INEI - Encuesta Nacional de Hogares sobre Condiciones de Vida y Pobreza, 2017.
Elaboración: MTPE - DGPE - Dirección de Investigación Socio Económico Laboral (DISEL).

Es así como, del total de la PEA ocupada, a diciembre del 2017, solo 5 millones 840 mil 115 personas se encuentran afiliados a alguno de los sistemas de pensiones antes mencionados; mientras que un total de 10 millones 670 mil 869 personas no se encuentran afiliados a ninguno de dichos sistemas de pensiones. Solo el 35,4% están afiliados a un sistema de pensiones frente al 64,6% que no lo están. A diciembre de 2019, solo el 30% de la PEA aporta a un sistema previsional (ONP, 2020).

Gráfico 2
PERÚ: PEA OCUPADA POR CONDICIÓN DE ACCESO A PROTECCIÓN SOCIAL EN PENSIONES, SEGÚN CATEGORÍA OCUPACIONAL, 2017
(Absoluto y porcentaje)

Categoría Ocupacional	Afiliados a un sistema de pensiones (A)	No Afiliados a un sistema de pensiones (B)	PEA Ocupada en cada categoría (C)= (A) + (B)	Afiliados a un sistema de pensiones (%) (D)= (A)/(C)	No Afiliados a un sistema de pensiones (%) (E)= (B)/(C)
PEA ocupada afiliada a un sistema de pensiones	**5,840,115**	**10,670,869**	**16,510,984**	**35.4**	**64.6**
Asalariado público	1,224,429	198,386	1,422,815	86.1	13.9
Asalariado privado	3,113,457	3,124,588	6,238,045	49.9	50.1
Independiente	1,122,503	4,977,145	6,099,649	18.4	81.6
Profesional o técnico	138,741	154,585	293,325	47.3	52.7
No Profesional o técnico	983,763	4,822,561	5,806,324	16.9	83.1
Empleador o conductor de empresas	210,663	443,397	654,060	32.2	67.8
Trabajador familiar no remunerado	113,467	1,587,777	1,701,244	6.7	93.3
Trabajador del hogar	55,597	339,575	395,171	14.1	85.9

Fuente: INEI - Encuesta Nacional de Hogares sobre Condiciones de Vida y Pobreza, 2017.
Elaboración: MTPE - DGPE - Dirección de Investigación Socio Económico Laboral (DISEL).

La explicación dada hasta el momento es importante para efectos de tener un acercamiento de los regímenes jubilatorios antes menciones y, en consecuencia, proceder con la descripción general y singular de los mismos, en el contexto actual, centrándonos en el reconocimiento y otorgamiento de la pensión de jubilación (o cesantía en algunos casos).

4.1. La jubilación "laboralizada y por edad o años de servicios" en el Sistema Público de Pensiones, al estilo (parcial) de los seguros sociales de Bismarck

El sistema público de pensiones al estilo de Bismarck representa el *sistema de reparto*, el cual se sustenta en el establecimiento de la solidaridad entre generaciones (pacto intergeneracional) que implica y exige que cada generación de trabajadores en actividad –y no toda la ciudadanía– asuma los gastos y cargas económicas de las generaciones precedentes que ya no están en actividad, produciéndose una coincidencia de los ingresos y gastos.

Existe el riesgo de que se puede presentar incertidumbres en el futuro del sistema, ante la insolvencia en su financiamiento sustentado en el pacto intergeneracional avalado por el Estado, que puede derivar de la elevada tasa de desempleo, el empleo precario, la informalidad laboral, el déficit presupuestario y el acelerado envejecimiento de la población (mayores gastos en pensiones y menores ingresos en cuanto a las cotizaciones).

En este sistema encontramos a los regímenes jubilatorios administrados por el Estado, tanto el general como los especiales, siendo que ambos se caracterizan por ser contributivos y obligatorios para la clase trabajadora dependiente del sector público o privado; y, en menor medida voluntaria, en el caso de los trabajadores independientes; por lo que podríamos calificarlos como jubilaciones "laboralizadas".

La previsión social se introdujo en nuestro país a mediados del siglo XIX a favor de dos importantes grupos de pensión: los militares y los empleados públicos. En el caso de estos último, la Ley de Goces, Jubilación, Cesantía y Montepío, que es la antepasada más remota –en el Perú republicano– del régimen (…), se expidió el 22 de enero de 1850. Desde inicios del siglo XX se fue extendiendo la cobertura de la previsión social, tanto respecto de sus beneficiarios como de las contingencias, para abarcar primero a los obreros frente a los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales (1911 y 1935, respectivamente) y comprender luego a los obreros (1936) y los empleados (1946) ante la enfermedad y la maternidad, de un lado, y la vejez, la invalidez y la sobrevivencia, del otro. La Constitución de 1920 fue la primera en abordar esta cuestión en dicho nivel, seguida por la de 1933 (…) [, como la de 1979 y 1993] (p. 11).

La previsión social en el Perú, luego de transitar por los sistemas de protección social primigenios (ahorro privado, beneficencia, asistencialismo y mutualidades), a inicios del siglo XIX y finales del siglo XX, están concebidos como seguros sociales al modelo (parcial) de Bismarck. De una protección social determinada y limitada a un grupo específico de ciudadanos, principalmente, el personal administrativo del Estado y castrense que acreditar, únicamente, ciertos años de servicios al Estado, se pasaría a una extendida, a favor de los trabajadores particulares en condición de obreros y empleados, como será descrito en los siguientes apartados.

Es importante aclarar que, la jubilación por años de servicios no está asociada al cumplimiento de una determinada edad, sino a la acreditación del

cumplimiento de ciertos años de servicios, como así se regulo en el régimen el régimen jubilatorio del personal militar y policial desde sus orígenes. No obstante, cabe precisar que este criterio "se remonta desde la promulgación de la Ley N° 10624, donde solo se requería 40 años de servicios ininterrumpidos prestados en un mismo empleador para acceder a una pensión" (Abanto, 2015, pp. 260-261).

Dicho criterio fue replicado, con ciertos cambios, en los diferentes regímenes previsionales especiales, a saber: 1) de los servidores públicos que prestan servicios al Estado, 2) de los militares y policías y 3) de los miembros del Servicio Diplomático de la República, los cuales solo serán descritos en los siguientes apartados. "En dichos regímenes previsionales especiales, además de no hacer mención alguna al concepto de "jubilación", solo exigen el cumplimiento de ciertos años de servicios para la obtención de una pensión mensual".

Por otra parte, respecto de la "jubilación por edad", para acceder a una pensión de jubilación ordinaria en el SNP, originariamente (1973) se establecía los requisitos de edad y aportaciones (para los hombres 60 años de edad y 15 años de aportaciones y para las mujeres 55 años de edad y 13 años de aportaciones); mientras que, para el caso de una pensión de jubilación adelantada, establecía otros requisitos de edad y aportaciones (para los hombres 55 años de edad y 30 años de aportaciones y para las mujeres, 50 años de edad y 25 años de aportaciones). Posteriormente, en diciembre de 1992, el SNP es modificado unificándose el requisito de los años de aportación para el régimen general en 20 años (hombres y mujeres) y de la edad, en 65 años.

Para que cualquier régimen de pensiones (general o especial) funcione, en el largo plazo, cubriendo la contingencia de la vejez o jubilación, se requiere de "un financiamiento sólido y suficiente", siguiendo la postura de Abanto, "creemos que un modelo de jubilación que tenga como requisito únicamente los años de servicio no es conveniente en nuestros tiempos" (2015, pp. 260-261), sobre todo sí al llegar a cumplir una determinada edad que, como los contemplados en los regímenes jubilatorios especiales de los empleados públicos (Decreto Ley 20530) y de los funcionarios diplomáticos (Decreto Legislativo 894), por ejemplo, donde se reconocen las pensiones de cesantía.

4.2. La jubilación "laboralizada y por edad" en el Sistema Privado de Pensiones, al estilo de los seguros privados

El sistema de capitalización es un modelo que no depende del Estado –aunque ello no sea cierto en su integridad- basada en cuentas individuales de capitalización en la que cada individuo soporta sus propios riesgos que se cubrirán sobre la base de las aportaciones que conforman su fondo. Es una especie de ahorro de largo plazo del afiliado, permitiéndole financiar sus pensiones futuras, pagadas por los aportes y rentabilidad acumuladas.

Por un lado, genera una mayor certeza y seguridad respecto de las prestaciones que percibirá en el futuro; pero por otro lado, se plantea problemas de solidaridad y desigualdad, puesto que no todas las personas tienen la misma capacidad de ahorro; además de los riesgos que implica la administración de sus fondo, afectado por la inflación o crisis económica que puede acontecerse -problemas de inversión-, y los riesgos que son soportados por los propios afiliados -problemas de rentabilidad de los recursos capitalizados.

El SPP, regulado por el Decreto Ley N° 25897, del año 1992, es el sistema que representa el *sistema de capitalización individual*. Este sistema no depende del Estado –aunque ello no sea cierto en su integridad–, puesto que está basada en cuentas individuales de capitalización en la que cada individuo realiza sus aportaciones para enfrentar las contingencias que puede acaecer (enfermedad, vejez, entre otros).

El trabajador aporta un porcentaje de su remuneración mensual del siguiente modo: 10% se destina al fondo de pensiones en su CIC de aportes obligatorios; y, otro porcentaje de la remuneración mensual (aproximadamente 3%) va dirigido para el pago de una prima del contrato de seguro de administración de riesgos de invalidez, sobrevivencia y gastos de sepelio y para pagar la comisión de la AFP por la administración de los fondos del afiliado, respectivamente. Estos dos últimos porcentajes son variables y son determinados por cada AFP. La CIC es administrada por las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP) –empresas privadas bajo la supervisión de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS)–, las mismas que cobran una comisión, a cargo de los afiliados.

Adicionalmente, los afiliados del SPP también pueden elegir entre cuatro fondos (Fondo de Pensiones Tipo 1 o "*Fondo de Preservación de Capital*", Fondo Tipo 2 o *"Fondo de Tipo Mixto"*, El Fondo Tipo 3 o *"Fondo* de Apreciación del Capital" y Fondo Tipo 0 o "*Fondo de Protección de Capital*") para la inversión de su CIC y, por ende, para la generación de la correspondiente rentabilidad (ganancia de las inversiones).

De forma similar a lo que ocurre en el SNP, la población que recibe protección por parte del SPP, son todos aquellos trabajadores, cualquiera sea su modalidad de trabajo, es decir, sean dependientes o independientes, públicos o privados, que decida afiliarse a una de las AFP existentes, aportante de manera activa a cuenta individual (fondo común). Este sistema representa también un régimen jubilatorio contributivo y obligatorio, además de "laboralizado", bajo el modelo de los seguros privados, mas no de los seguros sociales ni mucho menos de la seguridad social.

Actualmente, existen cuatro (4) administradoras privadas de fondo de pensiones: AFP Prima, AFP Integra, AFP Habitat y AFP Profuturo, las cuales son supervisadas por el Estado a través de la Superintendencia de Banca y Seguros (SBS) –en reemplazo de la Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones (SAFP)–, a partir del 25 de julio de 2000 (Ley N° 27328). La supervisión implica el control o fiscalización de las actividades de las AFP, así como la emisión de las normas generales sobre la estructura del sistema y los aspectos operativos para su mejor administración

Para acceder a una pensión de jubilación, actualmente, tanto los hombres como las mujeres deben cumplir 65 años. Sin embargo, también es posible que a los 50 y 55 años de edad, en el caso de las mujeres y hombres, respectivamente, puedan acceder a una pensión anticipada. Y, desde el 2016, en sobremanera en estos tiempos de pandemia, cumplida las edades antes menciones o sin cumplir dicho requisito, el afiliado o la afiliada puede disponer hasta el 95.5% o un monto determinado de los fondos de su cuenta individual de capitalización, sea para gastos con fines previsionales o no.

4.3. Algunos regímenes complementarios y voluntarios de jubilación en los sistemas públicos y privados, al estilo de los seguros sociales de Beveridge o de los seguros privados

La protección social en Perú, en materia de pensiones, está conformado por un modelo público y un modelo privado, siendo que el otorgamiento de las prestaciones de pensiones puede ser concedida y conducida, además de la gestión de las entidades públicas, desde la gestión de entidades privadas –como en el Sistema Privado de Pensiones– o mixtas, siempre bajo la supervisión de su eficaz funcionamiento por parte del Estado. Frente a la existencia de estos modelos previsionales, también se encuentran los modelos complementarios de protección en pensiones,

que se crearon para beneficiar a ciertos colectivos, inclusive, a algunos a cargo del propio empleador, a través de los denominados planes ocupacionales.

Al respecto, dichos planes son concebidos por algunos pases desarrollados como obligatorios en sus sistemas de pensiones, mientras que en otros países (como es el caso peruano) existen de manera paralela, como una suerte de liberalidad o facultad de los empleadores en otorgar pensiones complementarias a sus trabajadores que cesan en sus labores. Así, tenemos los casos de los planes ocupacionales de la Caja de Beneficios Sociales de Electrolima, de la Universidad Inca Garcilazo de la Vega (UIGV), de la Universidad de Lima, de la Universidad Pontificia Universidad Católica del Perú (a través del complemento de las pensiones de jubilación), entre otros otorgados básicamente por empresas privada, de manera directa o indirecta (a través de las AFP).

Cabe precisar que mediante la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 07321-2006-PA/TC, se precisó que solo los planes ocupacionales creados por el Estado para otorgar pensiones complementarias a las reconocidas por el SNP o el SPP forman parte del sistema de pensiones (y, por ende, de la seguridad social), mas no los que son creados por entidades privadas, como es el caso de las universidades, más allá de tener un fin social, al constituir una liberalidad que rige por reglas totalmente distintas a las normas imperativas previsionales (aunque sean tomados como referencia o modelos).

4.4. La jubilación no contributiva "deslaboralizada" en el Sistema Público de Pensiones, al estilo (incipiente) de la seguridad social de Beveridge

De una protección restringida del derecho a la pensión, cuya cobertura solo se dirige a los trabajadores asalariados (régimen contributivo obligatorio), actualmente se viene transitando hacia una seguridad social incipiente, con un régimen no contributivo gradual (2011 y 2015). Este último régimen se manifiesta en el caso peruano en dos mecanismos de protección claramente diferenciados con: (a) Pensión 65; y, (b) Pensión para personas con discapacidad severa.

Si bien, ambos programas que constituyen el régimen no contributivo del sistema de pensiones del Perú, está única y exclusivamente financiada por el Estado, siendo que cada año emite una partida presupuestal para la ejecución y sostenibilidad de los Programas; esta forma de protección social representa al asistencialismo, por ser programas sociales focalizados y concedidos de manera voluntaria por un o más gobiernos de turno.

El "Programa Nacional de Asistencia Solidaria, Pensión 65", creado el 19 de octubre de 2011 mediante Decreto Supremo N° 081-2011-PCM, se encarga de brindar protección a las personas mayores de 65 años que carezcan de las condiciones básicas de subsistencia, es decir, a los adultos mayores en extrema pobreza, otorgándoles una subvención económica de S/ 125.00 Soles cada mes por persona. La subvención económica que se otorga por este programa social, a cargo del Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social (MIDIS), alcanza solo a los adultos mayores -que aproximadamente son 2 millones de personas- en extrema pobreza, cuya implementación viene siendo gradual y focalizada.

Por su parte, el "Programa de pensión no contributiva a personas con discapacidad severa en situación severa" (Programa Nacional "Contigo"), creado el 11 de agosto de 2015 mediante Decreto Supremo N° 004-2015-MIMP, cuyo procedimiento de afiliación y desafiliación se regula por la Directiva General N° 08-2016-MIMP, se encarga de brindar una pensión no contributiva de S/ 300.00 soles, cada dos meses, a las personas con discapacidad severa en situación de pobreza, cuyo fin es el elevar la calidad de vida de dichas personas.

Cabe precisar que la Pensión no contributiva por discapacidad severa es un beneficio otorgado por el Programa a la persona con discapacidad severa que se encuentre en situación de pobreza bajo los criterios del Sistema de Focalización de Hogares (SISFOH) y que no perciba ingreso o pensión que provengan del ámbito público o privado. En dichas normas, se establece los requisitos para ser beneficiario de programa en mención.

Este programa está a cargo del Viceministerio de Poblaciones Vulnerables del MIMP, cuya vigencia fue prevista para 15 años y de implementación progresiva (las personas con discapacidad severa de los departamentos de Pirua y Ayacucho serían los primeros en acceder a dicha pensión). Así, al cierre del año 2020, se entregó la "la pensión de 300 soles a 73 811 personas usuarias, en pobreza que viven en las 25 regiones del país" (Contigo, 2020).

V. EL PROBLEMA DE LA (DES)PROTECCIÓN DEL MODELO CONTRIBUTIVO DE SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES FRENTE AL FENÓMENO DEL ENVEJECIMIENTO POBLACIONAL

El sistema de protección social, en pensiones, de los países de la Unión Europea y de América Latina y el Caribe presentan déficits de cobertura y equidad en cuanto al acceso de las prestaciones que otorgan (sobre todo las pensiones) y de los cotizantes, así como de su sostenibilidad. En los primeros, los déficits

son bajos o moderados, debido a que cuentan con un modelo previsional que guarda consistencia con la estructura del mercado laboral (empleos plenos); mientras que en los segundos son altos, pues dicha consistencia en muchos casos es inexistente (empleos precarios e informalidad laboral).

Según el Informe de la Comisión de Protección Social (2017, pp. 9-15) denominado "Propuestas de reformas en el sistema de pensiones, financiamiento en la salud y seguro de desempleo", presentado en setiembre del 2017, entre otros aspectos (relacionados a la salud y el desempleo), en el sistema de pensiones del Perú, se ha identificado varias deficiencias y problemas, como los que se detallan a continuación:

- un modelo pensionario altamente fragmentado y carente de visión integral conformado por dos regímenes contributivos (Sistema Nacional de Pensiones y Sistema Privado de Pensiones) y en constante competencia;
- un nivel de cobertura bajo y deficiente, producto de un sistema enfocado fundamentalmente en el mercado formal (de trabajadores asalariados), siendo que 28% de la fuerza laboral está afiliada al sistema contributivo de pensiones;
- la existencia de pensiones insuficientes e inequitativas;
- el desaprovechamiento de economías de escala y el mercado oligopólico de AFP;
- una gestión de portafolios cortoplacista por parte de la AFP, la existencia en el SPP de dificultades para acceder a esquemas de retiro simples que aseguren la estabilidad de los ingresos en la jubilación a costos razonables, frente a un incremento persistente en la esperanza de vida; y,
- la ausencia de información y asesoría financiera adecuada, activa, independiente, simple y de fácil acceso para el afiliado.

Este diagnóstico es justamente el resultado de las diversas reformas (en su mayoría legislativas) que se han efectuado a los sistemas de pensiones (público y privado), que sin atender de manera estructural –y tan solo de manera paramétrica– los problemas y deficiencias antes señalados (universalidad en la cobertura, sostenibilidad fiscal, fragmentación e inequidad, suficiencia de las pensiones, comisiones y organización industrial, flexibilización excesiva sobre el ahorro previsional), solo se ha preocupado en brindar protección, a través de los regímenes

jubilatorios, básicamente a la clase trabajadora dependiente y asalariada, quienes en la condición de actividad (y, por ende, aportantes al sistema) van disminuyendo constante y aceleradamente; y, por el contrario, en la condición de retirados o jubilados (beneficiarios de la pensión) va incrementándose.

A ello, se suma otros problemas: i) la fuerte *evasión* y *mora* en el pago de las aportaciones; ii) la constante y sostenida disminución de las aportaciones de los cotizantes debido a: la utilización de mecanismos de jubilación adelantada, la alta tasa de desempleo e informalidad, empleos precarios, el incremento de la expectativa de vida de los asegurados y el creciente mercado de Apps de taxis; iii) la inexistencia de *estudios actuariales* que permitan determinar el nivel de recaudación necesario para cubrir con las obligaciones pensionarias; y, fundamentalmente; v) la *inexistencia de políticas sociales* que implementen *reformas paramétricas*, menos aún *reformas estructurales***,** del sistema de pensiones, que impiden atender y plantear soluciones de los problemas de la cobertura, el desempeño de fondos reservas, la gestión del gobierno y los costos fiscales.

Las deficiencias y problemas que se presentan en la cobertura y sostenibilidad del sistema de pensiones peruano, se explica, principalmente, y a nuestro criterio por los siguientes factores: la informalidad laboral; la afiliación voluntaria de los trabajadores independientes; el surgimiento de nuevas relaciones de trabajo, propio del fenómeno de la globalización y de la Cuarta Revolución Industrial; el fenómeno del envejecimiento poblacional; la libre disponibilidad de los fondos de pensiones de las AFP; la ampliación del Régimen Especial de Jubilación Anticipada (REJA); y, la llegada de pandemias (como es la COVID-19 y su variantes).

Estos factores, entre otros, son los que afectan al sistema de pensiones del Perú, en tanto van generando una (des)protección social en la jubilación, en perjuicio no solo de la clase trabajadora sino también de la ciudadanía en general, que va envejeciendo cada vez más.

5.1. El problema de la (des)protección del modelo contributivo de seguridad social en pensiones frente al fenómeno del envejecimiento poblacional

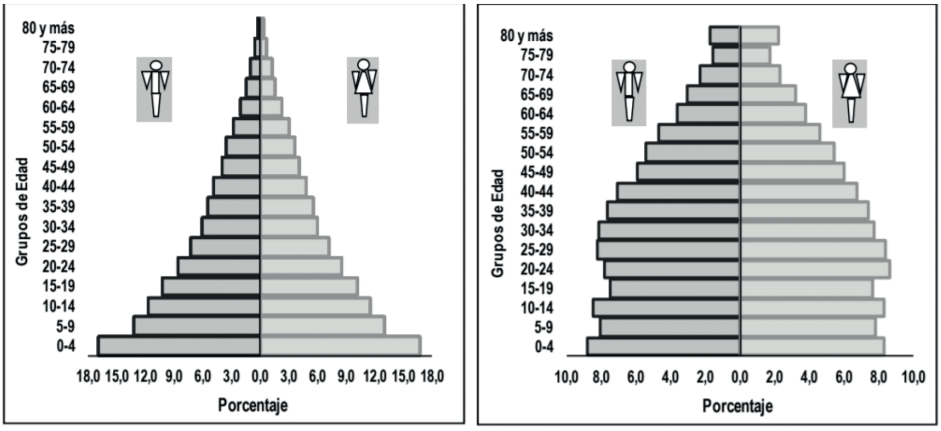
La vejez o jubilación es, sin duda, una de las contingencias más importantes cubierta, desde siempre y hasta la actualidad, por los sistemas de protección social, pues, "no sólo porque es la causa más frecuente, en cuanto término previsible y normal de vida profesional, sino por el progresivo aumento de la edad media

de la población y de su expectativa de la vida actual" (Tortuero, 1997, p. 695). Los riesgos sociales, según lo precisa Almansa, "constituyen la "base y núcleo en torno al cual se centra la seguridad social", o cualquier tipo de protección social. Por un parte, "el riesgo especifica los diversos regímenes asegurativos, como es el de vejez; y, por otro lado, el riesgo "constituye el objeto de la relación jurídica" del respectivo régimen protectorio" (Podetti, 1997, pp. 648-649), que se presentaría únicamente en la jubilación por edad.

Ahora bien, los países latinoamericanos "se clasifican en cuatro grupos por su grado de envejecimiento: 1) más envejecidos, Cuba y Uruguay, donde el 20 por ciento de la población tiene 60 años y más; 2) envejecimiento acelerado, Chile, Argentina, Costa Rica y Brasil, la cohorte oscila entre 13 a 16 por ciento; 3) envejecimiento moderado, Colombia, El Salvador, Panamá, Perú, México, Ecuador, Venezuela y República Dominicana, oscila entre 9 y 12 por ciento; y 4) envejecimiento incipiente, Paraguay, Bolivia, Nicaragua Haití, Honduras y Guatemala, oscila entre 7 y 9 por ciento". (Mesa-Lago, 2019, p. 26).

En el Perú, "como resultado de los grandes cambios demográficos experimentados en las últimas décadas en el Perú, la estructura por edad y sexo de la población está experimentando cambios significativos". Así, la pirámide de la población en 1950 "estaba compuesta básicamente por niños/as, de cada 100 personas 42 eran menores de 15 años"; mientras que, "en el año 2020 son menores de 15 años, 25 de cada 100 habitantes" (INEI, 2021, p. 1).

GRÁFICO 3
PIRÁMIDE DE LA POBLACIÓN EN 1950 Y EN 2020



Fuente: INEI – Boletín de Análisis Demográfico N° 38 – Perú: Estimaciones y Proyecciones de la Población Nacional, 1950 – 2070.

En efecto, la pirámide poblacional cambia progresivamente reduciéndose la población más joven e incrementándose la población mayor con una esperanza de vida de 75 años. "Aumenta la proporción de la población adulta mayor de 5,7% en el año 1950 a 12,7% en el año 2020" (INEI, 2021, p. 1); cuyo comportamiento continuaría en forma sostenida durante los siguientes años hasta ser igual la proporción de estos grupos en el 2040 (19,9%, cada uno), siendo que para el 2050 los adultos mayores superarían a los jóvenes (INEI, 2019, p. 1).

Así, entre otros aspectos del panorama demográfico del Perú, la población del quinquenio 2015-2020 vivirá en promedio 76,5 años de vida. Esta expectativa de vida es mayor en 5,5 años entre mujeres (79,2 años) y hombres (73,7años); mientras que, para el periodo 2045-2050 subirá a 79,8 años en el total de la población, y seguirá siendo mayor la esperanza de vida de las mujeres frente a sus pares hombres, lo que refleja en el aumento de la expectativa de los adultos mayores (INEI, 2019, p.5).

El envejecimiento moderado, pero con miras a ser "acelerado", de la población peruana (aumento de la esperanza de vida), la disminución de la natalidad, acompañada con el descenso en el número de aportantes jóvenes, la elevada tasa de informalidad laboral, del autoempleo y los bajos niveles de empleo afectan de manera inmediata la estructura poblacional del Perú, así como la organización del gasto de los sistemas de pensiones de pensiones.

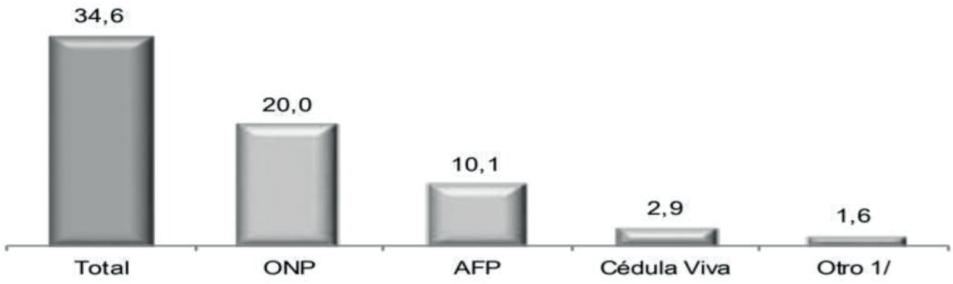
Dicho fenómeno, en el Sistema Público de Pensiones produce el aumento de la población activa sin que sea reemplazado por la fuerza juvenil, mientras que en el Sistema Privado de Pensiones produce el desfinanciamiento por la falta de aportantes. Ello se agrava en mayor medida con la crisis económica global que reduce el nivel de las pensiones actuales y futuras, tanto de la ONP (agrava su desfinanciamiento) como de las AFP (reducción de los activos financieros y los intereses por la alta volatilidad de los fondos individuales).

A ello, debe sumarse la población que no está afiliado a la ONP o a la AFP, ya sea de manera obligatoria o voluntaria que, al no formar parte de la clase trabajadora y llega cumplir 60 o más años, requiere de un ingreso económico para poder solventar sus necesidades básica de alimentación, vestimenta y, principalmente, salud.

Al respecto, según el INEI (2021), de la población adulta mayor, el 34,6% está afiliado a un sistema de pensión. Así, a diciembre de 2020, el 20,0% está

afiliado a la ONP, seguido por el 10,1% de afiliados a las AFP y el 2,9% a la Cédula Viva (p. 10).

GRÁFICO 4
PERÚ: POBLACIÓN ADULTA MAYOR QUE TIENE SISTEMA DE PENSIÓN
TRIMESTRE: OCTUBRE-NOVIEMBRE-DICIEMBRE 2020 P/
(Porcentaje)



Fuente: INEI - ENAHO.

Asimismo, se debe tener presente que, de la población adulta mayor, el 18,3% son beneficiarios del programa social Pensión 65. Llama severamente la atención que "el 65,4% de la población adulta mayor no cuente con un sistema de pensión: 54,4% en el caso de mujeres y 75,6% en el de hombres" (INEI, 2019, pp. 7 y 10); cuyas cifras van en aumento generadas por normas que permiten a los afiliados mayores de 65 años –inclusive contando solo con 50 o 55 años– autoexcluirse del SPP, al disponer libremente de sus fondos acumulados en la respectiva AFP, en lugar de acceder con los mismos para el pago de una pensión de jubilación.

El Perú, al parecer no estaría preparado para enfrentar estos cambios demográficos dinámicos y cambiantes, pero ello no implica que nos quedemos de brazos cruzados esperando el desenlace del envejecimiento y sus efectos en nuestro sistema de pensiones. Todo lo contrario, es necesario plantear –o por lo menos poner en discusión– algunas propuestas para enfrentar la vejez de la sociedad actual y futura, es decir, nuestra vejez.

5.2. Políticas sociales para enfrentar el envejecimiento: Hacia un sistema de pensiones deslaboralizado y global

La reducción de la mortalidad parece representar una tendencia duradera, que ya ha generado ganancias sustanciales de longevidad durante los últimos cincuenta años. Los datos de las Naciones Unidas indican un aumento de la

esperanza de vida mundial media de 46,5 años en 1950 a 65,4 años en 2000, aunque se prevén mayores ganancias de longevidad, con una expectativa de vida promedio de 74,3 años para 2050. También parece que la caída de la fecundidad es una tendencia, aunque en los países más desarrollados la gran caída en el número de nacimientos se ha producido principalmente durante los años ochenta y noventa, sin que se haya estabilizado hasta la actualidad. (Galo, 2008, pp. 1-9).

Ante la dramática dinámica demográfica que viene teniendo como resultado una disminución contemporánea en las tasas de mortalidad y fertilidad, donde el Perú no es ajeno, ¿cuál es el futuro de la seguridad social para enfrentar el envejecimiento de nuestra sociedad? ¿Podrá el creciente número de personas adultas mayores poder depender de los ingresos de jubilación públicos –inclusive privados– para su consumo de vejez? ¿Y estos beneficios de pensión serán suficientemente grandes para apoyar las necesidades –económicas y de salud, principalmente– de individuos cuya esperanza de vida continúa aumentando? ¿Qué sucederá con los adultos mayores que no se encuentran en ningún sistema de pensiones?

Aun se dé respuesta a estas interrogantes, en relación con estas dinámicas demográficas, el envejecimiento de la población continuará en todos los países (desarrollados y en desarrollo), puesto que este tiene implicaciones significativas para el entorno económico que, a su vez, inciden en el empleo y la seguridad social.

He ahí el dilema de nuestro sistema de pensiones, lo que debe llamarnos a su análisis y reflexión, desde diferentes perspectivas. Siendo que, desde el derecho de la seguridad social, podemos plantear alternativas de solución inmediata a través de la implementación de políticas sociales: Hacia un nuevo sistema de pensiones multipilar en el Perú, previa su deslaboralización, como ya se efectuó en materia de salud.

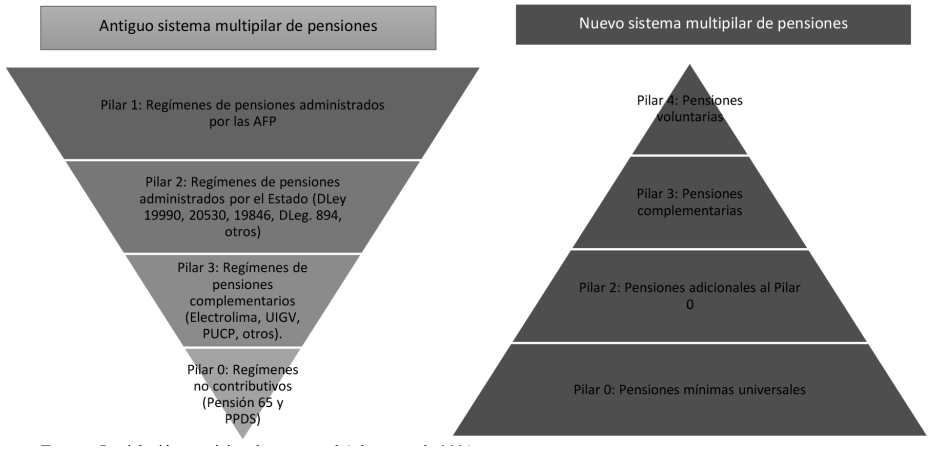
"La seguridad social debe considerarse como un capital humano y no como un gasto" (OIT, 2013). Por eso, es importante redefinir las reglas para la jubilación, teniendo en cuenta la vida laboral y los cambios demográficos, puesto que ello influye directa e indirectamente en el crecimiento económico. Ello implica armar un nuevo modelo de protección social para la vejez, el cual no esté enfocada únicamente en la clase trabajadora sino en toda la ciudadanía que conforma la tercera edad.

No es necesario que el Perú sea un Estado de Bienestar para conseguir ello, pues con el estudio del panorama actual, así como con la realización de otros ajustes paramétricos, se puede plantear una verdadera reforma estructural

del sistema de pensiones del Perú. En el caso de los primeros, entre otras reformas, se puede ejecutar los siguientes: (i) la eliminación de la jubilación por años de servicios en los regímenes especiales del Sistema Público de Pensiones; (ii) la eliminación de la jubilación anticipada y ordinaria; (iii) el incremento de la edad de jubilación de la clase trabajadora y, con ello, extender la relación laboral; (iv) la aplicación del principio de solidaridad y de equidad al momento de reconocer las pensiones de jubilación en los regímenes público general y los regímenes especiales; (v) la eliminación de ciertos privilegios que se reconocen a algunos regímenes especiales; y, (vi) el financiamiento de pensiones mínimas y universales con impuestos directos e indirectos.

En cuanto a la reforma estructural, el nuevo sistema multipilar de pensiones, además de ser reconocido como posible por el artículo 11 de la Constitución de 1993, permitirá garantizar realmente el derecho a la pensión, de acuerdo con nuestra realidad social, económica y jurídica. Así, se pretende efectivizar la combinación de las ventajas de los regímenes contributivos (representado por todos los regímenes de pensiones, generales y especiales, y no solo centrándose en el SPP) con los no contributivos (representado por los programas asistenciales de "Pensión 65" y "Pensiones para personas con discapacidad severa"). Esto es, la coexistencia de los cuatro pilares ya presentes en nuestro sistema de pensiones, invirtiendo la pirámide actual que conforman los pilares (laboralizados y focalizados) de protección social:

GRÁFICO 5
PERÚ: UN NUEVO MODELO DE PROTECCIÓN SOCIAL PARA ARMAR



Fuente: Legislación previsional peruana, al 4 de mayo de 2021.
Elaboración: Propia.

De este modo, el nuevo sistema multipilar de pensiones, con base en 4 pilares complementarios (Ruiz, 2014, p. 12), deslaboralizados y universales, siguiendo a las bases establecidas por la OIT (Durán-Valverde, 2019, p. 3), y antes por el Banco Mundial, quedaría estructura de la siguiente forma:

- **Pilar 0**: Este pilar con cargo a impuestos estatales, buscará garantizar un régimen solidario obligatorio y no contributivo (tipo "Pensión 65" y "Pensiones para personas con discapacidad severa" pero al alcance de todos), pues el norte fijo de esta reforma sería efectivizar el incremento de la cobertura subjetiva (protección social a todas las personas y no solo a los trabajadores) así como del monto de las pensiones (dignas, suficientes y adecuadas).

  En efecto, con este pilar, se tendrá como objetivo brindar obligatoriamente pensiones mínimas, universales y únicas para todas las personas adultas mayores –y en casos excepcionales para afrontar ciertos riesgos sanitarios que paralice toda la actividad económica del país–, hayan sido trabajadores formales e informales, que es financiado con el presupuesto estatal (impuestos de todos los peruanos), por lo que su administración y gestión debe estar exclusivamente a cargo del Estado.
- **Pilar 1**: Con el Pilar 1 se deberá brindar mayores ingresos para la clase trabajadora, garantiza una pensión adicional al otorgado por el Pilar 0, el cual deberá ser financiado por la cotización de estos y sus empleadores de la actividad pública o privado; cuya administración tendrá que estar a cargo del Estado, siendo que en su gestión las AFP pueden intervenir, bajo nuevas reglas que beneficien a los afiliados.
- **Pilar 2**: Con este pilar se brinda una pensión complementaria a la otorgada por el Pilar 0 y el Pilar 1, financiado con aportes de los empleadores, en favor de sus trabajadores, los mismos que son administrados de forma privada. Puede implementarse como un pilar obligatorio para cierto sector de trabajadores, como también voluntario.
- **Pilar 3**: El Pilar 3, de carácter voluntario, permitirá a las personas que cuentan con mayor capacidad de ingresos realizar ahorros voluntarios en fondos administrados y gestionados por empresas privadas,

bajo la supervisión del Estado. Con ello se busca fomentar el ahorro previsional.

Con este nuevo modelo de protección social, se estaría enfrentando una de las más drásticas transformaciones a las que asistimos a partir de la primera mitad del siglo XX, a lo que Mar (1988, p. 19) señaló que, era un cambio producido por la combinación entre el intenso crecimiento demográfico y la explosión de las expectativas, además, de la flexibilización –hasta desaparición– del principio de universalidad, pues solo se está apuntando a un régimen contributivo de pensiones (nacional y privado) de solo los asalariados.

Esta es la reforma estructural que está pendiente de implementarse en nuestro país (nuevo modelo multipilares), la misma que deberá ser complementadas con otras reformas paramétricas importantes, como se señaló anteriormente. Ambas reformas (estructurales y paramétricas) ya no puede seguir postergándose, es un desafío que se debe afrontar para garantizar pensiones dignas, suficientes y adecuadas; así como, la sostenibilidad del Sistema Peruano de Pensiones y su sostenimiento económico.

Sin duda, la(s) reforma(s) que se plantea(n) debe(n) ser realizada(s) tomando en cuenta los factores económicos, sociales, demográficos y políticos que caracterizan a nuestro país, sin dejar de lado que el *nuevo modelo multipilar* debe respetar los parámetros establecidos en la Constitución de 1993, los Convenios Internacionales suscritos por el Perú, y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia previsional; con la necesaria articulación de las entidades encargadas de la administración y gestión del Sistema Peruano de Pensiones.

Esto también trae de manifiesto la imperativa necesidad de combatir paralelamente la informalidad laboral (y previsional) en el Perú y de educar a la población en materia pensionaria frente a la realidad del tsunami de la longevidad, con la debida participación y diálogo social de los principales actores (el Estado, la sociedad y los representantes de los trabajadores y de los empleadores). No obstante, estos problemas, focalizados en el ámbito laboral, no deben ser excusa para que el Estado, y el gobierno a cargo, evadan de su responsabilidad, que emana de la propia Constitución y la Declaración de los Derechos Humanos.

VI. REFLEXIÓN FINAL

Amartya Sen, citando a Charles Dickens, nos enseña que la percepción de la injusticia manifiesta se aplica tanto a los niños –en su pequeño mundo– como a los adultos mayores –en su atención a largo plazo–. Así pues, "[l]o que nos mueve, con razón suficiente, no es la percepción de que el mundo no es justo del todo, lo cual pocos esperamos, sino que hay injusticias claramente remediables en nuestro entorno que quisiéramos suprimir".

Esto es, justamente, el objetivo de contar con un sistema de pensiones global y deslaboralizado. Un nuevo sistema de protección social que está pendiente de armar, reordenando todos los regímenes jubilatorios existentes en el Perú (invirtiendo la pirámide que denota la situación actual del sistema de pensiones), ya no solo enfocándonos en los trabajadores que están a punto de jubilarse, sino también en toda la ciudadanía que llegó o llegará a la tercera edad.

Estamos viviendo en un mundo que envejece, ahora de manera moderada, pero de aquí a un par de años será aceleradamente. Entonces, los riesgos que impliquen implementar las reformas que se sugiere en el presente trabajo resultarán menos costosos que los de un descontento popular que ya viene clamando una protección social digna y equitativa, como ya ha venido ocurriendo en Nicaragua, Chile y Colombia, solo por poner algunos ejemplos. No se puede esperar la muerte de personas, como ocurre en Chile, para recién plantear un nuevo pacto social, en el que se otorgué mejores y mayores pensiones.

Si el sistema de pensiones de jubilación que tenemos no cumple con su cometido esencial, entonces, habrá que reformarla: Hacia un "nuevo" sistema de pensiones multipilar y deslaboralizado. Los riesgos de esta reforma resultarán menos costosos que los de un descontento popular que, en cualquier momento, clamará protección social (en pensiones) digna, suficiente y equitativa, para la vejez.

Por ello, la reforma del sistema de pensiones peruano hacía un *nuevo modelo multipilar y deslaboralizado* ya no puede seguir postergándose, es su norte fijo, y es un desafío que es ineludible afrontar para garantizar su sostenibilidad y sostenimiento económico, con proyección al futuro y otorgando pensiones de jubilación dignas, suficientes y adecuadas, las mismas que pueden ser contributivas y no contributivas.

"El objetivo del gobierno en la paz y en la guerra", como lo acuñó Beveridge allá por los años 40, "no es la gloria de los gobernantes o de las razas, sino

la felicidad del hombre común"; y, con mayor razón, de nuestros jubilados del presente y del futuro. Es decir, nosotros.

VII. BIBLIOGRAFÍA

ABANTO, César. (2005). El Derecho universal y progresivo a la Seguridad Social. En VV.AA. *La Constitución Comentada*. Lima: Gaceta Jurídica, Tomo I.

ABANTO, César. (2014). *Manual del Sistema Nacional de Pensiones*. Lima: Gaceta Jurídica.

ABANTO, César. (2015). Regímenes complementarios de jubilación en el Perú: ¿una opción paralela? *Derecho PUCP. Revista de la Facultad de Derecho*, 75 (julio-diciembre).

ALEMÁN Francisco. (1996) Mercado de trabajo y políticas de creación de empleo en el Sistema Español de Relaciones Laborales. *Revista del VI Congreso Peruano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social – UNMSM*. Lima: UNMSM.

Aparicio Tovar, J. (2017). La seguridad social, un valor universal en un mundo incierto. En OIT, & Ministerio de Empleo y Seguridad Social, *El futuro del trabajo que queremos. Conferencia Nacional Tripartita* (Vol. II). Madrid, España.

APARICIO, Joaquín. (2008). La seguridad social, pieza esencial de la democracia. En MONEREO, José L. & MOLINA, Cristóbal & MORENO, María N., *La seguridad social a la luz de sus reformas pasadas, presente y futuras: Homenaje al profesor José Vida Soria, con motivo de su jubilación* (pp. 117-137). Granada: Comares.

BEVERIGDE, William. (2008). *Plan Beveridge. El Seguro Social en Inglaterra* (edición facsimilar). México: Centro Interamericano de Estudios de Seguridad Social (CIESS).

BERNAL, Noelia (2020). "El sistema de pensiones en el Perú: institucionalidad, gasto público y sostenibilidad financiera", *serie Macroeconomía del Desarrollo*, N° 207 (LC/TS.2020/64). Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL): Santiago.

CABANELLAS, Guillermo. (1986). *Diccionario Enciclopédico de Derecho usual*. Buenos Aires: Ed. Heliasta. Tomo V.

CANESSA, Miguel F. (2014). E*l Sistema Interamericano de Derechos Humanos y la protección de los derechos humanos laborales*. Lima: Palestra.

CENTRO DE ESTUDIOS Y PROMOCIÓN DEL DESARROLLO. (1973). *La jubilación en el Perú*. 1973. Lima: DESCO.

COMISIÓN DE PROTECCIÓN SOCIAL. (2017). *Propuestas de reformas en el sistema de pensiones, financiamiento en la salud y seguro de desempleo.* Lima.

CONFERENCIA INTERAMERICANA DE SEGURIDAD SOCIAL. (1980). *Progresión y avances de la seguridad social en América Latina*. México, D.F: Instituto Mexicano del Seguro Social.

CONTIGO (2020). *Comunicado, Lima 30 de diciembre de 2020*: Programa Contigo cierra el año con más de 73 mil afiliados a nivel nacional. Consulta: 29 de abril de 2021. https://contigo.gob.pe/2020/20-mil-personas-con-discapacidad-severa-seran-nuevos-usuarios-y-recibiran-pension-de-300-soles-2/

CRUZ-SACO, M., MENDOZA, J., & SEMINARIO, B. (2014). *El sistema previsional del Perú. Diagnóstico 1996-2013. Proyecciones 2014-2050 y reforma.* Lima: Universidad del Pacífico.

Durán-Valverde, Fabio et al (20169). "*La reversión de la privatización de las pensiones: Reconstruyendo los sistemas públicos de pensiones en los países de Europa Oriental y América Latina (2000-2018)", ESS - Documento de trabajo*, N° 63. Ginebra: OIT.

FAJARDO, Martín. (1997). *Teoría general de la seguridad social*. Lima: Editorial San Marcos.

FERNÁNDEZ, Miguel A. & INÉS, Nora. (2009). *La solidaridad en la seguridad social. Hacia una ciudadanía social*. México: CIESS, 2009.

FALCÓN, Francisco. (1994). *Manual de Seguridad Social. IPSS-AFP*. Lima: Norma Legales S.A., Volumen I.

FREIXES, Teresa. (1986). *Los derechos sociales de los trabajadores en la Constitución*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

GALASSO, Vincenzo. (2008). *The political future of social security in aging societies*. Cambridge, Mass: MIT.

GALLEGO, Rocío. (2015). *El dilema de las pensiones en España*. Valencia: Tirant lo Blanch.

GAMARRA, Leopoldo. (2009). Hacia una seguridad social para todos: el Sistema de Pensiones en el Perú. En CONGRESO DE LA REPÚBLICA - COMISIÓN DE SEGURIDAD SOCIAL. *Crisis financiera mundial y sus efectos en el Sistema Privado de Pensiones: Problemas y medidas de protección de los fondos de los afiliados*. Lima: Fondo Editorial del Congreso de la República.

GESTIÓN. (2019). "AFP: Afiliados prefieren retirar su fondo en lugar de pensionarse ¿se puede frenar esta tendencia? Lima: Gestión.pe. Obtenido de

https://gestion.pe/economia/afiliados-a-las-afp-prefieren-retirar-su-fondo-en-lugar-de-pensionarse-se-puede-frenar-esta-tendencia-noticia/

GÓMEZ VALDEZ, Francisco. (2012). *Derecho Previsional y de la Seguridad Social. Análisis doctrinario, jurisprudencial y comparado*. Lima: Editorial San Marcos E.I.R.L., Lima, 2012.

GONZÁLES, César. (2008). La libre desafiliación del Sistema Privado de Pensiones en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en Trabajo y Seguridad Social. En VV.AA., *Estudios Jurídicos en Homenaje a Luis Aparicio Valdez* (pp. 657-687). Lima: Grijley.

GONZÁLES, César. (2009). La configuración constitucional de la Seguridad Social en Pensiones. En VV.AA., E*studios del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: Libro Homenaje a Javier Neves Mujica* (pp. 425-440). Lima: Editora Jurídica Grijley.

GONZALES, César y ANTOLA, Mariella. (2015). La derogación de la afiliación obligatoria de los trabajadores independientes a los sistemas de seguridad social en pensiones". *Laborem, Revista de la Sociedad Peruana del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*,15.

GONZÁLES, C., & PAITÁN, J. (2015). Hacia un modelo multipilar del sistema de pensiones peruano: ¿Una reforma impostergable? *Revista de Diálogo y Concertación Nacional del Consejo Nacional del Trabajo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo*.

INEI. (2015). *Estado de la Población Peruana 2015.* Lima: INEI. Obtenido de https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1251/Libro.pdf

INEI. (2016). *Perú: Estimaciones y Proyecciones de Población por Sexo, según Departamento, Provincia y Distrito, 2000-2015*. Obtenido de http://proyectos.inei.gob.pe/web/biblioineipub/bancopub/Est/Lib0842/libro.pdf

INEI. (2019). *Situación de la Población Adulta Mayor. Informe Técnico.* Obtenido de https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/boletines/01-informe-tecnico-poblacion-adulta-mayor-oct-nov-dic-2020.pdf

INE. (2019). *11 de julio: Día Mundial de la Población*. Obtenido de https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1671/libro.pdf

MATOS MAR, José. (1988). *Desborde popular y crisis del Estado*, 7ma. ed. Lima: Concytec.

MESA-LAGO, Carmelo. (2019). "Envejecimiento y Reforma de Pensiones en América Latina". Revista *Análisis Laboral*, N° 504. Lima: AELE, Lima, junio de 2019.

MESA-LAGO, Carmelo. (2004). *Las reformas de pensiones en América Latina y su impacto en los principios de la seguridad social* (14), Santiago de Chile: CEPAL.

MOLES, Ricardo R. (1692). *Historia de la previsión social es Hispanoamérica*. Buenos Aires: Depalma, Buenos Aires.

MORENO, Ángel G. (2010). Retos y desafíos de la seguridad social contemporánea: entre la realidad y la utopía". *Revista Jurídica Jalisciense*, 1.

NEVES, Javier. (2004). Los derechos adquiridos en materia pensionaria, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En VV.AA., *Estudios sobre la jurisprudencia constitucional en materia laboral y previsional*, Lima: AMAG y SPDTSS.

NEVES, Javier. (2009). *Pensiones. Reforma y jurisprudencia. El D.L. 20530 y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima: Fondo Editorial PUCP.

NICOLIELLO, Ariel. (2018). *Derecho de la seguridad social*. Montevideo: Fundación electra y Fundación de Cultura Universitaria.

NUGET, Ricardo. La seguridad social: su historia y sus fuentes. En DE BUEN, Néstor y MORGADO, Emilio (Coord.), *Instituciones de derecho del trabajo y de la seguridad social* (pp. 647-682). México: AIADTSS y UNAM.

OLIVERA, Javier & CLAUSEN, Jhonatan. (2013). "Las características del adulto mayor peruano y las políticas de protección social," *Documentos de Trabajo* / Working Papers. Departamento de Economía. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. Obtenido dehttps://ideas.repec.org/p/pcp/pucwps/wp00360.html

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. (2013). *Informe IV. Empleo y protección social en el nuevo contexto demográfico*. Conferencia Internacional del Trabajo, 102ª reunión, Ginebra, Suiza: OIT.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. (1995). *Seguridad Social: Guía de Educación obrera*. Ginebra: OIT.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2018a). *The ILO Multi-Pillar pension model: Building equitable and sustainable pension systems*. Nota Informativa sobre la Protección Social para Todos (Ginebra).

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2018b). *Social Protection for Older Persons: Policy trends and statistics 2017-19*. Documentos de Políticas sobre Protección Social núm. 17 (Ginebra).

PLÁ, Américo. (1999). *Estudios de la Seguridad Social*. Montevideo: Fundación de cultura universitaria.

PODETTI, Humberto A. (1997). Los riesgos sociales. En DE BUEN, Néstor y MORGADO, Emilio (Coord.), *Instituciones de derecho del trabajo y de la seguridad social* (pp. 647-682). México: AIADTSS y UNAM.

POTOZEN, Boris. (2009). El régimen previsional militar y policial". *JUS Doctrina,* 4.

RAMOS. Carlos A. (2018). *La letra de la ley. Historia de las constituciones del Perú*. Lima: Tribunal Constitucional y Centro de Estudios Constitucionales. p. 88-89.

RENDÓN VÁSQUEZ, Jorge. (2008). *Derecho de la Seguridad Social* (Cuarta edición). Lima: Editora Jurídica Grijley, Cuarta edición, Lima, 2008.

RICHTER, Marcelo. (2011). La protección del derecho a la salud en la jurisdicción constitucional guatemalteca. *OPUS MAGNA Constitucional Guatemalteco*. (IV).

ROJAS, Jorge. (2014). *El Sistema Privado de Pensiones en el Perú*. Lima: Fondo Editorial PUCP.

ROMERO, Francisco J. (1993). *La jubilación en el Perú. IPSS – AFP – D. Ley N° 20530. Servidores Privados y Públicos*. Lima: Servicios Gráficos José Antonio.

RUEDA, M. (2017). Seguridad social peruana en pensiones, cuantías, aportes, competencias: reformas y realidad. *El cotidiano*. Obtenido de https://www.redalyc.org.org/articulo.oa?id=32553151011

RUIZ, Ángel G. (2015). *Nuevo derecho de la seguridad social* (Décimo cuarta edición). México, D.F.: Editorial Porrúa, México.

RUIZ, Ángel G. (2014). "Las tendencias del empleo en el siglo XXI. Tareas pendientes por acometer". *Análisis Laboral (AELE)*, 2014.

RUIZ, Ángel G. (2010). "Retos y desafíos de la seguridad social contemporánea: entre la realidad y la utopía". *Revista Jurídica Jalisciense*, Número 1.

SEN, Amartya. (2009). *La idea de la justicia*. Madrid: Taurus.

SOJO, Ana. (2017). "Las disputas sobre protección social en América Latina: del reduccionismo a una mayor heterodoxia". *En Protección social en América Latina: La desigualdad en el banquillo*. Santiago: CEPAL

TORTUERO, José L. (1997). Prestaciones económicas de la seguridad social: Incapacidad temporal, maternidad, incapacidad permanente, jubilación, muerte y supervivencia. En DE BUEN, Néstor y MORGADO, Emilio (Coord.), *Instituciones de derecho del trabajo y de la seguridad social* (pp. 683-701). México: AIADTSS y UNAM.

VÁZQUEZ, Antonio. (1997). Administración laboral y de seguridad social. En DE BUEN, Néstor y MORGADO, Emilio (Coord.), *Instituciones de derecho del trabajo y de la seguridad social* (pp. 765-781). México: AIADTSS y UNAM.

EMPLEADOR ME ENFERMÉ DE COVID- 19 Y USTED TIENE LA CULPA: COMPLEJIDADES DE LA RESPONSABILIDAD POR CULPA PATRONAL EN TIEMPOS DE PANDEMIA

LEISO FASNEY RESTREPO AGUIRRE

Filósofo de la Universidad Católica del Norte Estudiante de Derecho X Semestre Universidad de Antioquia Organización que representa: Universidad de Antioquia, Colombia. Semillero de Reformas en Seguridad Social.

ABSTRACT: At the beginning of 2020, the world has been destabilized socially, politically, and economically due to the appearance of Covid-19. An infectious disease that was declared a pandemic. How feasible is it to hold an employer responsible for an employee's illness or death from this virus? Could we speak of complete compensation for damages by the employer's fault for the death or disease of an employee associated with this illness? Is strict compliance with the protection and security obligations that assist every employer required in a pandemic circumstance? These are some of the complexities and uncertainties that are framed in the context of Employer Fault within the Colombian legislation will be discussed and approached in this paper.

KEYWORDS: Colombian legislation, Covid-19, Employer Fault.

I. INTRODUCCIÓN

Ante la actual pandemia que aqueja a la población mundial, el escenario laboral ha sido uno de los más problemáticos y complejos, ya que ningún trabajador está exento de contagiarse del virus Covid-19. El estado de emergencia sanitaria en el que nos encontramos por la propagación del virus implica la inminente exposición al mismo de cualquier persona, desarrolle o no actividades productivas. En este contexto, es pertinente desentrañar algunas complejidades que acarrean para los empleadores el estricto cumplimiento de las obligaciones de protección y seguridad impuestas por el Gobierno colombiano en virtud de la pandemia, adicionales a los deberes propios de higiene y seguridad a cargo de los empleadores.

Es preciso advertir que, este trabajo no pretende presentar todas las discusiones en torno a las eventuales lesiones o muerte de un empleado por causa de la enfermedad Covid-19, pues resultan de un alto nivel de complejidad, y cuyas discusiones apenas están empezando y arrojan más preguntas que respuestas.

Por lo anterior, en términos metodológicos, se llevará a cabo un abordaje analítico de las complejidades de la Culpa Patronal en tiempos de pandemia desde dos escenarios: De un lado, se analizará la situación del empleador que cumple con todos los protocolos exigidos por el Gobierno colombiano. Y de otro, el empleador que no cumple o los cumple parcialmente

De esta manera el presente trabajo plantea el contexto normativo de la Culpa Patronal, indicando la línea jurisprudencial que lo sostiene, para analizar finalmente la eventual responsabilidad de los empleadores por la enfermedad o muerte de sus trabajadores ocasionados por el virus de la Covid-19. Así pues, se indaga acerca de la responsabilidad por Culpa Patronal e indemnización plena de perjuicios por la enfermedad o muerte a causa de la Covid-19 de un trabajador.

II. EL SISTEMA DE RIESGOS LABORALES Y LA CULPA PATRONAL

En Colombia, la relación entre trabajador y empleador supone la presencia de dos figuras para el resarcimiento de daños: el Sistema de Riesgos Laborales y la Responsabilidad Civil Patronal.

La Seguridad Social con su subsistema de riesgos laborales (SRL) se ocupa ante situaciones como enfermedad, accidente o muerte, calificados como laborales. Se compone de un conjunto de entidades que pueden ser públicas o privadas, así como normas y procedimientos que tienen por finalidad prevenir, proteger y atender a los trabajadores en virtud de las lesiones o daños que se puedan generar en cumplimiento de una actividad laboral[1].

Es un sistema tarifado de reparación, es decir, la ley es la que define la dinámica económica prestacional y cómo se resarce el daño, por lo tanto, es de carácter objetivo: Se reconoce una serie de prestaciones económicas y asistenciales a favor del trabajador o eventualmente sus causahabientes que son previamente definidas por la ley, que tiene su fundamento en un sistema de aseguramiento obligatorio que vincula a todo empleador. En la práctica este sistema consiste en que el empleador traslada su obligación de reparación de perjuicios a una aseguradora de riesgos laborales (ARL) a cambio de un aporte mensual a su cargo.

Al margen de este sistema, se haya también uno que, de forma independiente, pretende la protección de los trabajadores ante los riesgos laborales. Sin embargo, este sistema busca estrictamente la reparación integral de los daños causados al trabajador o a las eventuales víctimas como consecuencia de la actividad laboral, y a causa de la culpa del empleador, bien sea por acción o por omisión, adicional a la reparación dada por el SRL. A esta institución jurídica

1 Decreto Ley 1295 de 1994. Ministerio de Trabajo Y Seguridad Social. Recuperado de: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_1295_1994.html#1 (Consultado el 18 de Junio de 2021).

se le conoce como Responsabilidad por Culpa Patronal, o simplemente, Culpa Patronal.

Este régimen tiene su fundamento en la relación laboral, por cuanto se trata de hechos ocurridos en dicho contexto, sin embargo, se trata de una responsabilidad subjetiva toda vez que se erige sobre la base de la culpa del empleador, por lo que le es de igual modo aplicable el régimen de responsabilidad civil definido en el artículo 2341 del Código Civil colombiano (CC). La Culpa Patronal tiene su fuente normativa en el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo (CST) que establece que:

> Cuando exista culpa suficientemente comprobada del empleador en la ocurrencia del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional, está obligado a la indemnización total y ordinaria por perjuicios pero del monto de ella debe descontarse el valor de las prestaciones en dinero pagadas en razón de las normas consagradas en este Capítulo.

Así las cosas, mientras propiamente en el sistema tarifado las prestaciones económicas y asistenciales operan por mandato legal, en la Culpa Patronal la prestación que será siempre patrimonial opera por orden judicial[2].

III. CONFIGURACIÓN DE LA CULPA PATRONAL Y DESARROLLO JURISPRUDENCIAL

A todo empleador le asisten las obligaciones de seguridad y cuidado, mismas que tienen su fundamento en el artículo 53 de la Constitución Política de Colombia y se encuentran consagradas justamente en los artículos 56, 57 y 348 del CST, así como en las demás disposiciones que hacen parte del SRL y las expedidas por las entidades del Estado como el Ministerio del Trabajo y el Ministerio de Salud.

Así por ejemplo se resaltan algunas de estas obligaciones establecidas, de entre las ya mencionadas.

> ARTICULO 57. CST. OBLIGACIONES ESPECIALES DEL EMPLEADOR. Son obligaciones especiales del empleador:

2 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, subsección C. Radicación 19942 del 19 Agosto de 2011. CP. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

2. Procurar a los trabajadores locales apropiados y elementos adecuados de protección contra los accidentes y enfermedades profesionales en forma que se garanticen razonablemente la seguridad y la salud.
3. Prestar inmediatamente los primeros auxilios en caso de accidente o de enfermedad. A este efecto en todo establecimiento, taller o fábrica que ocupe habitualmente más de diez (10) trabajadores, deberá mantenerse lo necesario, según reglamentación de las autoridades sanitarias.

Es pertinente tener en cuenta que dichas obligaciones, deben cumplirse en atención a lo que sería una eventual situación de responsabilidad que demandaría la necesidad de una reparación. Esta última, a su vez debe corresponder con lo establecido en la Ley 446 de 1998 en su artículo 16, en tanto que en un eventual proceso judicial de responsabilidad por Culpa Patronal deben hacerse efectivos los principios la reparación integral, en los términos de la norma citada, a saber, que ante *la valoración de los daños irrogados a las personas se atenderá a la reparación integral y equidad y se observará los criterios técnicos actuariales.*[3]

En este sentido, el primer elemento que define la constitución de la Culpa Patronal es el deber de cuidado que le asiste a todo empleador.

Así pues, la Culpa Patronal se configura justamente cuando el empleador no cumple o cumple parcialmente las obligaciones de protección y cuidado que le impone la ley. De hecho, la normatividad vigente, Ley 1205 de 1994, establece sanciones de carácter administrativas y económicas por parte del Ministerio del Trabajo ante el incumplimiento del empleador de dichas obligaciones, así como las relacionadas a la prevención de riesgos laborales. Esto se traduce en que las normas vigentes sobre la seguridad y cuidado en cabeza de los empleadores respecto de sus empleados, son obligatorio y estricto cumplimiento por cuanto son de carácter imperativo por mandato legal.

Como ya se indicó, cuando se evidencia tal incumplimiento y se evidencian daños patrimoniales y/o morales es procedente lo establecido en el artículo 2341 del CC, de la mano del artículo 216 del CST, por cuanto se estaría hablando de Culpa Patronal y por tanto, ante los daños causados le asiste al empleado o sus beneficiarios el derecho a solicitar por vía judicial la indemnización plena de perjuicios.

3 Ley 446 del 7 de Julio de 1998. Congreso de la Republica de Colombia. Recuperado de: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0446_1998.html#15 (Consultado el 19 de Junio de 2021).

Cabe señalar que si bien la normatividad laboral y la civil, como en los citados artículos, convergen en el momento en que se genera la Culpa Patronal, ésta se halla estrictamente ligada a la relación laboral, puesto que tratándose exclusivamente de responsabilidad civil existen una normas, jurisprudencia e instituciones normativas que le son propias. En efecto, para la reparación plena por Culpa Patronal se debe originar un menoscabo dentro de la relación contractual que existe a causa de una labor o actividad determinada por la condición de ser empleado. Se está pues, ante el segundo de los elementos esenciales que configuran la Culpa Patronal, a saber, la relación contractual laboral.

De otro lado, como si se tratase de los soportes de una gran mesa, se han definido los que son el tercer elemento configurativo de la Culpa Patronal, que son, como se mencionó, cuatro componentes sin los cuales no se podría recurrir a esta institución reparatoria.

De este modo, conforme lo determina el régimen civil y por lo establecido en el artículo 216 del CST, deben concurrir unos elementos para que se configure la Culpa Patronal. Estos elementos, conforme lo establece la jurisprudencia entre otras, en Sentencias 42374 y 3933 de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, así como la doctrina, Valencia Zea, por ejemplo, son el hecho, el daño, la culpa y el nexo causal:

1. **El hecho:** este se entiende como hecho generador, el cual obedece a una situación causante de un daño dentro del contexto de la actividad laboral.
2. **Debe configurarse un daño:** Debe considerarse que dicho daño debe inevitablemente tener su origen o configurarse con ocasión de la actividad laboral. Es por ello por lo que puede hablarse de hecho dañoso o causante del daño, así como del daño propiamente dicho. Para el caso, debe entenderse que daño y perjuicio hacen referencia a lo mismo, es decir, el menoscabo o lesión que una persona sufre a consecuencia de la acción u omisión de otra, y que afecta su salud e integridad patrimonial y/o extrapatrimonial. Por consiguiente, es aquí aplicable el régimen civil de imputabilidad relativo a los perjuicios tanto materiales como morales.
3. **Debe probarse la culpa del empleador:** En consecuencia con lo establecido en los artículos 63 y 1604 del CC y de conformidad con la jurisprudencia, entre otras, en sentencias 22656 y 35097 de la Corte

Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, "el empleador será responsable de la indemnización plena de perjuicios cuando sea que se presente un accidente de trabajo o una enfermedad laboral que se deriven de su culpa leve, entendida ésta *como aquella negligencia, impericia, imprudencia y, en fin, falta de diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios*"[4].

En este punto es preciso señalar que, en rigor de la carga dinámica de la prueba, debe el empleado probar tal culpa acreditando justamente el incumplimiento del empleador de sus obligaciones de protección y seguridad dentro del desarrollo de las actividades productivas en la empresa. Lo que significa que debe acreditar que su empleador incurrió en negligencia, falta de cuidado o diligencia en lo relativo a su obligación de seguridad en las actividades laborales.

4. **Debe probarse el nexo causal:** Implica que se debe evidenciar que el daño se generó a causa del hecho, es decir, del accidente o enfermedad laboral y que se debió a la acción u omisión del empleador. De igual modo, implica por parte del empleado evidenciar que, debido al incumplimiento de la obligación de seguridad a cargo del empleador, se generó el daño, es decir, que dicha conducta es la fuente del mismo, y por tanto le es imputable la culpa.

Una vez coexisten estos elementos se puede indicar que ha cobrado vida material y jurídica la Culpa Patronal, y por tanto, es exigible la reparación integral de perjuicios al empleador. Llegados a este punto, es preciso señalar que cuando se dice reparación integral de perjuicios, dicha reparación está indefectiblemente ligada a los perjuicios causados por el daño.

Los perjuicios causados por enfermedad o accidente laboral, cuando así son determinados, como bien se mencionó, deben ser reparados por el sistema tarifado. Pero cuando estos mismos perjuicios son imputables al empleador, no solo cambia el sujeto de la reparación sino el contenido de esta, puesto que no se trata ahora de prestaciones asistenciales sino estrictamente económicas y reparatorias. Por tanto, los perjuicios causados por un daño imputable al empleador deben ser reparados, toda vez que estos implican *las consecuencias negativas de*

4 Daniela Lopera Hernández Y María Camila Valencia Miranda. *Acumulación de indemnizaciones: La responsabilidad civil por culpa patronal y las Prestaciones derivadas del sistema de riesgos laborales de La seguridad social.* Universidad EAFIT. (2014). 90 Páginas.

carácter patrimonial o extramatrimonial[5] que se generan a la víctima directa del daño o a las indirectas, y estos perjuicios deben ser reparados plenamente por el empleador, puesto que el sistema tarifado solo lo hace parcialmente.

Es importante considerar que frente a los elementos configurativos acabados de señalar, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Laboral ha venido sosteniendo una serie conceptos que orientan las decisiones judiciales que sobre este asunto se presenten.

En efecto, ha dicho la Corte que los empleadores por el solo hecho de serlo están comprometidos con la seguridad industrial, ambiental y ocupacional de sus trabajadores y que su incumplimiento en caso de accidente o enfermedad le genera la obligación de resarcir los daños al trabajador y a sus beneficiarios[6]. Con esta línea decisoria la corte legitima con mayor fuerza legal las pretensiones que en razón de la Culpa Patronal se quieran hacer valer, toda vez que la obligación de proteger a los empleados es una orden sustantiva ratificada en sede judicial.

Frente al particular es preciso también acotar que para la Corte si bien es necesaria la configuración de la culpa y prueba de la misma, la modulación de esta ha sido estrechamente definida, estableciendo que el empleador es responsable por culpa leve, como se indicó previamente[7].

Así mismo, es reiterativa la Corte en sostener la naturaleza contractual de la Culpa Patronal. Para que se haga efectiva la Culpa Patronal debe haber una relación contractual laboral pues es esta la que instituye la obligación reparatoria a cargo del empleador. Así pues, *la indemnización plena de que trata el artículo 216 del C. S. del T., persigue la indemnización completa de los daños sufridos al producirse un accidente de trabajo o enfermedad laboral por culpa del empleador, en la modalidad de subjetiva, el cual hace parte de un riesgo propio del régimen del Derecho Laboral.* [8]

En este orden de ideas la sostenida jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en materia de Culpa Patronal permite establecer que es aplicable la

---

5 Diego Alejandro Sánchez Acero. *Un nuevo concepto de Culpa Patronal*. Universidad Externado de Colombia. (2015). 227 Páginas.

6 Sentencia SL2845 de 2019. M.P Clara Cecilia Dueñas Quevedo, y entre otras sentencias, la 28686 de 2007 y 27736 de 2007.

7 Entre otras la sentencia con referencia Nº 22656 de 2005 y sentencia con radicación Nº 35097 de 2012, de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral.

8 Entre otras, las sentencias 35121 de 2009, 36815 de 2011, 28686 de 2007 y 27736 de 2007.

indemnización plena de perjuicios sin distinción alguna de si se trata de accidente laboral como de enfermedad laboral. La norma no hace distinción alguna entre lo uno y lo otro, y la jurisprudencia tampoco, por lo cual el régimen es aplicable con iguales formalidades.

Ahora bien, las condenas por Culpa Patronal en sede de instancia y de casación son recurrentes tanto por accidente laboral como por enfermedad laboral[9], pero cuando de enfermedades de carácter contagioso se trata no se vislumbran eventos.

Se pudo establecer que la mayoría de las condenas por enfermedad laboral estaban asociadas a enfermedades estrechamente relacionadas con las actividades laborales, por ejemplo, hipoacusia neuro sensorial o traumas acústicos para actividades de operadores de teléfonos, hernias para trabajos en los cuales se deben levantar constantemente objetos pesados o algún tipo de cáncer asociado al manejo de sustancias o material tóxico.

No se pudo determinar la existencia de condenas en sede judicial por Culpa Patronal a causa de enfermedades de trasmisión directa o indirecta. Mucho menos condenas asociadas con algún tipo de enfermedad de transmisión que haya causado daños graves o la muerte del empleado. Como se verá más adelante, esta última cuestión resulta esencial para el análisis de la Culpa Patronal por la enfermedad de la Covid-19.

IV. LA COVID-19 EN COLOMBIA

La Organización Mundial de la Salud (OMS) declaró la Covid-19 como una pandemia el pasado 11 de Marzo de 2020, sosteniendo que es la enfermedad causada por el nuevo coronavirus conocido como SARS-CoV-2. Actualmente se sabe que los coronavirus son una extensa familia de virus que causan enfermedades en humanos y animales. Estos virus pueden causar afecciones respiratorias leves como un resfriado común o enfermedades más graves como el síndrome respiratorio de Oriente Medio (MERS) y el síndrome respiratorio agudo severo (SRAS)[10].

9 Sentencias 9803 de 1997 M.P Francisco Escobar Henríquez, 10911 de 1998 M.P José Roberto Herrera Vergara, 23547 de 2005 M.P Camilo Tarquino Gallego, 1870 de 2018 M.P Cecilia Margarita Durán Ujueta, 25707 de 2005 M.P Luis Javier Osorio López, 39779 de 2014 M.P Gustavo Hernando López Algarra, entre otras.

10 Manuel Ramón, Jairo Jesús Gómez y Ronny Alejandro Dieguez. Características clínico-epidemio-

De igual modo, hasta la fecha se ha podido establecer que,

> Los síntomas son similares a los de la gripe, entre los que se incluyen fiebre, tos, disnea, mialgia y fatiga. También se ha observado la pérdida súbita del olfato y el gusto (sin que la mucosidad fuese la causa). En casos graves se caracteriza por producir neumonía, síndrome de dificultad respiratoria aguda, sepsis y choque séptico que conduce a alrededor del 3 % de los infectados a la muerte, aunque la tasa de mortalidad se encuentra en 4,48 % y sigue ascendiendo[11].

Actualmente se sabe que el 80% de los casos de la enfermedad es leve y no requiere hospitalización. Sin embargo, el 15% de los pacientes muestran síntomas graves que requieren hospitalización y un 5% de contagiados desarrollan síntomas graves al punto que requieren hospitalización en unidades de cuidados intensivos[12].

Como se ha podido observar, la Covid-19 se ha convertido en un verdadero reto para la ciencia, toda vez que su alta tasa de propagación y su significativo porcentaje de mortalidad han costado la vida de 4,05 millones de personas aproximadamente en todo el mundo, según lo ha reseñado la OMS a corte del mes de Julio 2021[13].

De igual modo, ha representado una gran problemática social y política para los gobiernos de todo el mundo, los cuales de múltiples maneras han tratado de contener al paso de este fenómeno en sus poblaciones. Muchas de esas medidas han consistido primordialmente en lo que se ha denominado el distanciamiento social. Esta medida sugiere que, puesto que el virus es sumamente propenso al contagio persona a persona con el mero contacto físico, una forma de contenerlo es justamente evitando al máximo el contacto entre las personas. Adicionalmente, el uso de mascarillas o cubre boca, se ha convertido en norma obligatoria a la hora del contacto en público.

---

lógicas de la COVID-19 (2020). Revista Habanera de Ciencias Médicas.

11 ibíd.

12 Paules CI, Marston HD, Fauci AS. Coronavirus Infections-More Than Just the Common Cold. JAMA (2020). Disponible en: https://jamanetwork.com/journals/jama/fullarticle/2759815

13 Organización Mundial de la Salud. Página oficial: https://www.who.int/es/health-topics/coronavirus#tab=tab_3 (Consultado el 14 de Junio de 2021).

Unido a estas medidas, por tratarse de un virus que viaja en las personas y en los objetos, el lavado constante de manos, hace parte igualmente de las estrategias para contener la propagación del mismo.

Adicional a lo anterior, se han traducido medidas en restricciones a la movilidad, limitación del comercio, cierre de escuelas y universidades y la aplicación del modelo de trabajo en casa para muchas actividades laborales. En términos generales, la pandemia ha implicado una ruptura en los estilos de vida en casi todo el mundo. La actividad social y económica ha venido sufriendo múltiples cambios al punto que ha desencadenado crisis de desabastecimiento y estrés colectivo principalmente por las extensas temporadas de cuarentenas desde el inicio de la pandemia.

Pues bien, las enfermedades infecciosas (como la Covid-19) representan auténticos desafíos para la salud pública en todo el mundo, y cuanto más este virus que se puede manifestar desde un resfriado leve hasta la muerte.

Otros dos aspectos fundamentales a tener en cuenta son: En primer lugar, su alta capacidad de propagación. A la fecha se ha establecido que la principal vía de transmisión entre humanos es similar a la desarrollada en otros coronavirus, es decir, por medio de secreciones de personas infectadas, principalmente a través del contacto directo con gotas respiratorias o el contacto con las manos u objetos contaminados por personas con el virus a causa de dichas secreciones seguidas del contacto con la mucosa de la boca, nariz u ojos[14].

En segundo lugar, la posibilidad de contagio de este sin ninguna sintomatología. Es decir, una persona bien podría estar infectada con el virus y no sentir ningún cambio o anomalía en su cuerpo. No obstante, dichas personas son vectores de propagación a otras personas que pueden padecer graves síntomas. Unido a ello se ha establecido una serie de patologías o enfermedades de base que pueden aumentar las posibilidades de agravar los efectos del virus en el cuerpo, especialmente en el sistema respiratorio.

En el caso de Colombia, las medidas para contener la propagación del virus han venido variando atendiendo al comportamiento del mismo a lo largo del territorio nacional. La primera medida registrada fue la Resolución 385 del 12 de Marzo de 2020 emitida por el Misterio de Salud y Protección Social. Por medio de esta norma *se declara la emergencia sanitaria por causa del coronavirus*

14 Ibíd

Covid- 19 y se adoptan medidas para hacer frente al virus. Esta norma era apenas el inicio de una serie de medidas cada vez más restrictivas.

Inicialmente esta resolución se planteó con el objetivo de prevenir y controlar la propagación del virus en el territorio nacional, cuando tan solo se registraban nueve (9) casos de personas contagiadas, todas provenientes del exterior[15]. Con la figura constitucional del estado de emergencia sanitaria, se faculta al presidente para expedir normas con fuerza de ley dentro del marco de atención a dicha emergencia y bajo el estricto cumplimiento del régimen de dicha figura, tal como se ha venido haciendo. En la actualidad, tal declaratoria ha venido siendo prorrogada hasta el 31 de Agosto de 2021.

Tan solo diez días después, el Ministerio del Interior emitió el Decreto 457 del 22 de Marzo de 2020 *por medio del cual se imparten instrucciones en virtud de la emergencia sanitaria generada por la pandemia del coronavirus Covid- 19 y el mantenimiento del orden público.* En términos generales, con esta norma se da inicio a lo que se empezó a denominar las cuarentenas, que se hicieron sucesivas a lo largo del segundo semestre del 2020. Con dichas restricciones, muchas actividades económicas fueron suspendidas por largos periodos o restringidas parcialmente. Posteriormente, algunas actividades se retomaron bajo la modalidad de trabajo en casa, y muchas otras se continuaron desarrollando con el cumplimiento de las medidas de bioseguridad establecidas por el Ministerio de Salud y Protección Social.

Justamente, fue por medio de la Resolución 666 del 24 de Abril de 2020 que el Ministerio de Salud y Protección Social estableció por primera vez unas directrices, llamadas protocolos de bioseguridad que debían ser aplicados para el desarrollo de las actividades y sociales en vigencia de la propagación del virus. Esta norma respondía entre otros aspectos, a la inminente necesidad continuar en la medida de lo posible con el desarrollo de actividades económicas con la condición de proteger a los trabajadores garantizándoles los medios y elementos de protección personales dentro de su lugar de trabajo. Por tanto, las exigencias técnicas definidas en esta norma, como proveer al empleado de elementos de protección personal para el cumplimiento de sus labores, toma de temperatura, limpieza de zapatos, disponer y utilizar alcohol glicerinado mínimo al 60%

15 Ministerio de Salud y Protección Social (2020). Resolución Nº 385 del 12 de Marzo de 2020. Página oficial https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=119957 (Consultado el 14 de Junio de 2021).

máximo 95%, flexibilización de horarios y turnos de trabajo, entre otras, se convirtieron en disposiciones de carácter obligatorio para los empleadores, en el contexto de su obligación legal de seguridad y protección[16].

A la fecha, se sabe que esta misma entidad emitió la Resolución Nº 777 del 02 de Junio de 2021 *por medio de la cual se definen los criterios y condiciones para el desarrollo de las actividades económicas, sociales y del Estado y se adopta el protocolo de bioseguridad para la ejecución de estas.* Con esta norma se da inicialmente una apertura total a todos los sectores económicos sin más restricciones que el estricto cumplimiento de los protocolos establecidos por esta entidad en su anexo técnico, y atendiendo a los criterios de apertura económica establecidos en dicha norma. El contexto de esta norma implicó la derogatoria de las demás disposiciones que regulaban los protocolos de bioseguridad y las demás prescripciones para contener la propagación del Corona Virus, y marcó una nueva ruta dentro del escenario de la necesidad de apertura y reactivación de todas las actividades laborales en vigencia de la propagación del virus. Esta Resolución se convirtió en la nueva norma vinculante frente a la exigibilidad de las obligaciones de seguridad y protección a cargo de todo empleador.

V. CULPA PATRONAL Y ENFERMEDAD POR COVID-19

Al margen de la crisis social y económica a causa del desempleo, empresas que desaparecieron, disminución de la producción, el uso de la virtualidad para algunas labores y para el estudio y finalmente por el deceso de más de 100.000 personas en Colombia, subyace una compleja situación de índole jurídico y legal: ¿Deben responder los empleadores por responsabilidad patronal respecto a los trabajadores infectados por la Covid-19? ¿Cuál es la incidencia de la Covid-19 en este asunto? ¿Cómo identificar que el contagio de la enfermedad se causó en el ambiente de trabajo y no en otro?

En Colombia, la enfermedad por Covid-19 está reconocida como enfermedad de carácter laboral para todos los trabajadores del sector de la salud, tal como lo dispuso el Ministerio del Trabajo por medio del Decreto 676 del 19 de Mayo de 2020. De esta manera, la Covid-19 se incorpora como enfermedad laboral directa en la tabla de enfermedades laborales del Decreto 1477 de

16 Resolución 666 del 24 de Abril de 2020. Ministerio de Salud y Protección Social. Recuperado de: https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=119938 (Consultado el 21 de Junio de 2021).

2014 para el personal asistencial. Ser trabajador de la salud *per se* (o personal administrativo, de aseo, vigilancia y de apoyo relacionados con el sector salud), involucra un factor de riesgo de tipo laboral, por lo que se activa automáticamente el régimen prestacional derivado del régimen tarifado (SRL), y se abre la puerta para una eventual responsabilidad por Culpa Patronal, en este último escenario, probando los elementos de dicha institución, en particular, la culpa suficientemente comprobada del empleador.

Para los demás trabajadores (que no hagan parte del personal asistencial o de salud y afines) las prestaciones asistenciales y económicas se atenderán por el sistema de salud como de origen común, y si se quisiera buscar la Culpa Patronal en estos casos, deberán, en primer lugar, buscar la calificación como laboral de la enfermedad demostrando la relación de causalidad con factores de riesgo ocupacionales, y por la vía judicial discutir los elementos de la Culpa Patronal para que sea declarada ésta.

No obstante, la posibilidad de aplicar el régimen de la responsabilidad por Culpa Patronal trae envuelta múltiples complejidades. En este punto, nos ocuparemos de dos escenarios para indagar sobre la posibilidad o no de la configuración de la Culpa Patronal.

1. Empleador que cumple con sus obligaciones de seguridad e higiene de sus trabajadores, pero un trabajador se ha contagiado de la Covid-19

El primer escenario se trata de aquel empleador que cumple con sus obligaciones de salud y seguridad de sus trabajadores, en especial, los protocolos de bioseguridad, no obstante, un trabajador se contagia de la enfermedad Covid-19: ¿Cómo se configura en este caso una Culpa Patronal?

En este escenario, el empleador acoge todas las indicaciones que, de acuerdo a su actividad económica, establece el Ministerio del Trabajo en el anexo técnico de la Resolución Nº 777, por ejemplo, en los numerales del artículo 3.2.1 sobre el lavado e higiene de manos, *disponer de insumos para realizar la higiene de manos, disponer en áreas comunes de puntos para el lavado de frecuente de manos*; el artículo 3.1.5 sobre la ventilación numeral 3.1.5.1 *siempre que sea posible mantener puertas y ventanas abiertas para lograr intercambio de aire natural,* entre muchas más.

A primera vista, esto parece una conducta que no permite el surgimiento de la responsabilidad por Culpa Patronal, toda vez que basta con que el empleador

compruebe que se ha ceñido fielmente a la norma y a todas las recomendaciones para la protección de sus trabajadores, cumpliendo además con la obligación de protección y cuidado que lleva envuelta por su naturaleza la relación laboral.

Ahora bien, reconociendo las condiciones para la configuración de la Culpa Patronal, este cumplimiento del empleador por estricto que sea presenta por lo menos dos problemáticas que conducen a la posibilidad de hacerlo responsable por la enfermedad, pérdida de capacidad laboral o muerte de un empleado.

En primer lugar, no es suficiente el estricto cumplimiento de las normas definidas para la protección de los empleados. Así quedó evidenciado en la jurisprudencia reseñada en la primera parte del presente trabajo, donde se puso sobre aviso que pese a cumplir con los requerimientos especiales para su actividad laboral, si estos no son suficientes y en todo caso no impiden lesionar al empleado, se hace acreedor de la responsabilidad por lo que le suceda.

Esta línea jurisprudencial se evidencia en la sentencia con Referencia Nº10911 de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, donde se condenó al empleador a la indemnización plena de perjuicios por la enfermedad de su empleado consistente en la perdida de la audición, pese a que alegó el cumplimiento de todas las exigencias para el desarrollo de la actividad laboral, puesto que si bien se dotó a este empleado de los elementos de protección, estos no fueron suficientes y no lograron evitar la lesión que desencadenó la enfermedad y consecuente pérdida de capacidad laboral.

Como se puede apreciar, el solo cumplimiento de las normas establecidas por el Gobierno, por ejemplo, el uso obligatorio de la mascarilla quirúrgica para trabajadores de espacios como cines, teatros y medios de trasporte masivos, tal como lo establece el numeral 3.1.4 inciso 3.1.4.2 del anexo técnico de la resolución en cuestión, no es suficiente para eximir de la Culpa Patronal cuando se vea configurada la culpa del empleador y el nexo causal.

La segunda cuestión es la siguiente: ¿Cómo puede el empleador garantizar el estricto cumplimiento de todas y cada una de las estipulaciones mientras se ejecutan las actividades laborales? Para ponerlo dentro del contexto de las exigencias vigentes establecidas por el Ministerio del Trabajo ¿Cómo puede el empleador *garantizar la correcta circulación del aire* cuando el espacio de trabajo es un lugar cerrado? La pregunta es válida por cuanto el Numeral 3.1.5 sobre la ventilación, así lo exige. Cuanto más es relevante teniendo presente que siendo esto una exigencia legal, si el empleado enferma por Covid- 19 y comprueba

que en su lugar de trabajo no circulaba correctamente el aire porque así no lo garantizó su empleador, se podría estar hablando de responsabilidad por Culpa Patronal y por tanto de indemnización plena de perjuicios, a causa de la omisión del empleador.

En este mismo contexto, el numeral 3.1.2, inciso 3.1.2.4 establece que se debe *disponer de los insumos para realizar la higiene de manos, esto es, agua limpia, jabón y toallas de un solo uso (toallas desechables) para el secado de manos.* En esta situación entonces, si el empleado evidencia que en su lugar de trabajo el lavamanos tiene agua limpia y jabón, pero no tiene toallas desechables o de un solo uso, puede alegar el incumplimiento de esta norma y que contrajo la enfermedad de Covid- 19 y los efectos que pueda implicar, son responsabilidad del empleador.

Descrita así la cuestión, parece que alegar la Culpa Patronal es relativamente sencillo y muy favorable a los trabajadores. No obstante, no debemos olvidarnos de un elemento muy relevante y es el nexo causal para poder alegar Culpa Patronal.

Tal como se explicó en la primera parte del presente trabajo, el nexo causal debe ser probado por el trabajador, lo que significa que debe poner en evidencia la relación que existe entre el hecho y el daño. Aquí surgen varios interrogantes. Resulta sumamente difícil que el empleado en condiciones normales pueda establecer el momento mismo del contagio de la enfermedad, y por tanto el hecho detonante del daño. Es decir, ¿cuál es el hecho? ¿El momento en el que se lavó las manos y no halló toallas desechables? ¿El momento en el que evidenció que el aire en su lugar de trabajo no circulaba correctamente? ¿O el solo hecho de asistir al lugar de trabajo en el que corre el riesgo natural de contagiarse, es el hecho causante del daño? ¿Cómo sabe el empleado que el virus lo adquirió en su lugar de trabajo debido a que no realizó el lavado de manos durante 20 a 30 segundos como lo establece el numeral 3.1.2 del anexo técnico? Dicho de otro modo, ¿Cómo puede establecer el empleado el momento exacto o la situación concreta en la cual adquirió el virus que lo enfermó, para hacer valer su pretensión de responsabilidad por parte de su empleador?

Como puede evidenciarse, es factible que el empleado compruebe el daño o lesión por causa de la enfermedad, pero lo que no es fácil establecer sería justamente el nexo causal, es decir, cómo ese daño se relaciona directamente con un hecho o situación concreta.

Así las cosas, la posibilidad de responsabilizar al empleador por la enfermedad no resulta tan simple. Pero pueda que en términos teóricos lo sea, la cuestión es que dicho nexo debe probarse en el escenario procesal, y probar situaciones como las antes descritas no parece nada fácil. De hecho, la misma determinación de lo que sería el hecho mismo no parece estar del todo claro, como bien se indicó.

2. Empleador que no cumple o cumple parcialmente las obligaciones de salud y seguridad.

Siendo estrictos, y atendiendo a las prescripciones legales antes expuestas, este empleador se vería fácilmente envuelto en un proceso indemnizatorio si un trabajador suyo sufre lesiones o muere a causa de la Covid-19. Y así es, por disposición legal toda vez que para un empleado en este escenario le seria relativamente fácil, adjudicar los elementos configurativos de la Culpa Patronal: el hecho, el daño, la culpa y el nexo causal; veamos.

Para empezar, debe probar el hecho dañoso, a saber, el desarrollo o cumplimiento de su actividad laboral. En este punto debe acreditar que, justamente lo que generó el contagio y posteriores lesiones fue la asistencia a su lugar de trabajo en determinadas condiciones, como se verá continuación.

Luego, debe evidenciarse un daño. Como ya se dijo, los daños causados por la Covid-19 pueden desencadenar lesiones graves y hasta la muerte de la persona, así que ante la asistencia médica recibida no sería nada difícil probar el daño, ni mucho menos la muerte. Después se debe probar la culpa del empleador. Aquí el trabajador tiene a su favor la posibilidad de probar dicha culpa, cuando logra evidenciar que su empleador no cumplió en debida forma las estipulaciones normativas vigentes para el desarrollo de las actividades laborales, en el caso de Colombia, además de las obligaciones propias de los empleadores frente a la salud y seguridad de los trabajadores (Sistema de Gestión en Seguridad y Salud en el Trabajo), deben atender los requerimientos establecidos como protocolos de seguridad, en particular, conforme lo establecido en la Resolución 777 del 02 de Junio 2021 y su respectivo anexo técnico. En este caso, le es exigible al empleador el estricto cumplimiento de las medidas de bioseguridad allí establecidas.

Así lo prescribe expresamente el artículo 6º de dicha resolución, el cual reza así: *adóptese el protocolo de bioseguridad para el desarrollo de las actividades*

económicas, sociales y del Estado, contenido en el anexo técnico que hace parte integral de la presente resolución. De igual modo, el artículo 7º numeral 7.3 de esta norma estipula que los actores de cada sector económico deben: *garantizar e implementar las acciones que hagan efectivas las medidas contenidas en la presente resolución y aplicarlas.*

En síntesis, puede plantearse que todo empleador no solo está obligado a cumplir todas y cada una de las disposiciones allí definidas, sino que su cumplimiento debe ser efectivo. Así pues, en principio bastaría con que el empleador demuestre que en su lugar de trabajo no circula correctamente el aire, o que en su lugar de trabajo no se dispone de paño y uso de desinfectantes que permita limpiar o desinfectar las áreas de contacto tales como panel de control de los equipos, botones de ascensor, manijas entre otros, o cualquiera de las demás disposiciones de la norma, para con ello vincular directamente a su empleador como evidente responsable de haber adquirido el virus en el lugar de trabajo, por haber desprotegido y aumentado el riesgo de contagio a causa de su omisión.

Finalmente, se tiene el nexo causal. Habiendo llegado a dicho punto, resulta también latente una vez definido el hecho y la culpa. En este caso, tratándose de una relación contractual laboral, teniendo presente que lo que causó el contagio fue la exposición misma en su lugar de trabajo y la responsabilidad del empleador por la omisión en el estricto cumplimiento de la norma, se sigue que es evidente que el daño fue causado por la enfermedad contraída en su lugar de trabajo.

Nuevamente, el escenario aparenta ser relativamente simple en este caso para el trabajador que procure hacer valer su pretensión indemnizatoria a causa de la Culpa Patronal. Sin embargo, esta situación lleva envuelta al menos una pregunta nada sencilla: ¿Podrá el empleador apelar al estado de pandemia, o en concreto, al estado de emergencia sanitaria, para eximirse de la responsabilidad por los daños causados a su empleado por el virus de la Covid-19? Ciertamente la defensa parece algo compleja, y lo es, pero así mismo podría ser efectiva en los siguientes términos.

El empleador bien puede alegar, que las disposiciones establecidas tienen por finalidad la disminución del riesgo de contagio, pero en ningún momento se han prescrito para evitar el contagio del virus en sí mismo. De acuerdo a esto, por mucho que se cumplan estrictamente y al pie de la letra todas y cada una de las medidas de bioseguridad en el lugar de trabajo, los empleados y cualquier

otra persona, tiene probabilidades de contagiarse de todos modos, y como consecuencia de esto, sería irrisorio responsabilizar al empleador por la adquisición del virus dentro del lugar de trabajo, en síntesis porque esto es inevitable. Esta argumentación pareciera ser un haz bajo la manga, y aunque así lo parezca tiene su respectiva sustentación jurídica.

Para dicha sustentación, basta revisar el título del anexo técnico de la Resolución 777 de 2021 que sostiene la responsabilidad del empleador. En efecto, el anexo técnico se intitula como *Protocolo de bioseguridad para la prevención de la transmisión de Covid-19.* A primera vista, el título establece que estos protocolos no son para evitar el contagio del virus sino solo para prevenirlo. Pero con el fin de no caer en imprecisiones gramaticales, basta leer el numeral 1º de dicho documento, que establece el objetivo del mismo, veamos: "*orientar las medidas generales de autocuidado y de bioseguridad en el marco de la pandemia por el coronavirus Covid-19, para incorporar en el desarrollo de todas las actividades de los diferentes sectores económicos, sociales y del estado, con el fin de disminuir el riesgo de transmisión del virus*".

Estos elementos de la norma en estricto sentido no requieren mayores explicaciones. En efecto, el espíritu de dicha prescripción no sugiere que su cumplimiento es garantía del no contagio, pues tan solo se pretende a lo sumo, disminuir dicho riesgo, y como conclusión de dicha inferencia, en términos pragmáticos, el contagio es inevitable en todas las actividades sociales y económicas. Adicionalmente, no podemos olvidar que estamos ante una enfermedad de tipo infecciosa, que está presente en todos los escenarios posibles, tanto laborales como no laborales, sociales o domésticos.

Ahora bien, presentadas estas aclaraciones, se valida la pregunta planteada: ¿puede el empleador apelar a la imposibilidad fáctica de contagio, reflejada de forma clara en la norma, para eximirse de su responsabilidad? Al respecto, con los planteamientos aquí descritos parece que es factible esa posibilidad en el escenario judicial. No obstante, conforme se explicó en un primer momento, la norma tampoco establece expresamente situaciones de exclusión de responsabilidad, o eventos en los cuales no puedan o deban cumplirse cada una de las orientaciones, por el contrario, como bien se señaló, son de estricto y efectivo cumplimiento. Aquí surge otro interrogante: ¿impera la obligación de protección y seguridad que ordena la norma o la imposibilidad fáctica de evitar contraer el virus?

Como se ha podido evidenciar a lo largo del presente análisis, los posibles eventos o situaciones en los cuales se pueda plantear la posibilidad de la respon-

sabilidad por Culpa Patronal dejan muchas preguntas, múltiples respuestas y diversas aristas que van haciendo más compleja una salida clara ante la cuestión de si procede o no la Culpa Patronal en el evento de enfermedad o muerte a causa de la Covid-19.

Es preciso advertir que, si bien probablemente todos los eventos son posibles y los argumentos válidos, por la naturaleza misma de la Culpa Patronal, será en sede judicial que se diriman estas controversias. Dicho esto, se debe tener en cuenta que, ante la situación actual de la pandemia, no son pocos los trabajadores y empleadores que se pueden ver envueltos en las situaciones antes descritas, y bastaría con una sentencia a favor o en contra para desencadenar múltiples discusiones jurídicas alrededor de la misma y, probablemente, cambios importantes en la normatividad sobre estos eventos.

CONCLUSIONES

La pandemia causada por la Covid- 19 ha desestabilizado los contextos sociales, económicos y políticos de todo el mundo, poniendo en jaque la forma en que se desarrollaba toda la realidad propia de las sociedades actuales. En este sentido, los gobiernos se vieron obligados a actuar de forma desesperada para hacer frente al inminente peligro del virus sin dejar caer todo el sistema económico establecido fundamentado en la producción y consumo masivos. Pese a todos los esfuerzos, hasta la fecha la pandemia avanza implacable aun en múltiples partes del mundo afectado las economías en todos los sectores productivos.

En Colombia el paso del virus ha dejado cientos de muertos, hogares fragmentados, una sociedad en incertidumbre y una economía debilitada, a causa del cierre de muchas empresas, el despido masivo de empleados y la carestía propia de la escasez productiva.

Esta cruda situación trae envuelta múltiples problemáticas de tipo jurídico nada fáciles de resolver. Una de ellas es la posibilidad de responsabilizar al empleador por la enfermedad o muerte a causa de la Covid-19 de un trabajador en el escenario de la Culpa Patronal, bajo las prescripciones establecidas en el ordenamiento jurídico colombiano.

Las normas establecidas por el Estado colombiano para el desarrollo de actividades económicas imponen el estricto cumplimiento de unos protocolos de bioseguridad que vinculan directamente a los empleadores, por cuanto hacen parte del marco legal que deben cumplir en atención a las obligaciones

de protección y seguridad de sus empleados que le asisten por las normas de carácter imperativo.

Si bien el estricto cumplimiento de las normas establecidas puede eximir al empleador de la responsabilidad por enfermedad o muerte del empleado, el espíritu de la norma no supone evitar el contagio sino disminuir la posibilidad del mismo, por lo que en cualquier situación toda persona es susceptible de contraer el virus, y por tanto, el empleador podría verse eximido de dicha responsabilidad.

Por otra parte, lograr probar el nexo causal como requisito para configurar la Culpa Patronal, no resulta nada sencillo para el empleado, justamente por la razón antes planteada. En efecto, es necesario que se ponga en evidencia que la adquisición del virus y los posteriores daños o lesiones se causaron en el ejercicio de la actividad laboral dentro de una relación contractual. Si bien teóricamente es completamente viable, lograr la prueba de este no resulta tan viable.

Frente a los múltiples y complejos escenarios que se puedan presentar frente a la posibilidad de que se materialice la Culpa Patronal por la enfermedad de la Covid-19, solo en sede judicial y por cuenta del debate probatorio y jurídico se puede establecer un real evento de indemnización plena de perjuicios a causa de esta enfermedad.

En el contexto de la pandemia actual, quedan abiertas diversas posibilidades del debate jurídico sobre la Culpa Patronal por Covid- 19, por lo que probablemente se avizoran pronunciamientos judiciales significativos de carácter vinculante para abordar esta cuestión desencadenada en tiempos de pandemia.

SUPPLEMENTARY SOCIAL SECURITY MECHANISM IN TURKEY: PRIVATE PENSION SAVINGS SYSTEM

GAYE BURCU YILDIZ

I was graduated from Ankara University Faculty of Law in 2000. I have been working at Ankara University, Faculty of Political Sciences, Department of Labour Economics and Labour Relations since 2002. I gained LLM (2003) and PhD (2008) at Labour and Social Security Law. My research areas are anti- discrimination at work, fundamental rights at work, employment relationship, collective rights, social dialogue and social security law. My current position at the Faculty of Political Sciences is Associate Professor.

ABSTRACT: Demographical changes as well as changing nature of work evokes certain social security concerns. Ageing constitutes a major issue because increasing share of older people in the society in comparison with working age population will endanger the financial sustainability of social security systems. In addition to these, eliminating poverty has been put as primary goal in United Nation's 2030 Agenda for Sustainable Development. Old age poverty has and will be a major problem for societies in this context. In order to tackle with this problem by providing a supplementary income for older people, supplementary social security mechanisms have been considered as a remedy. Besides this concerns, supplementary social security mechanisms scope remains limited and falls far from providing adequate protection because of the systems are depending on individual's financial power mainly.

KEYWORDS: Private pension savings, automatic enrolment system, social security.

I. GENERAL OVERVIEW

One of the main concerns of European Social Pillar of Social Rights regarding pensions, is the right to resources that ensure living in dignity in old age. Also, it is stressed that pensions are a priority area in the European Semester economic coordination cycle.[1]

Supplementary social security mechanisms are evaluated as a key factor in order to tackling the problem of old age poverty. Due to the low coverage of supplementary pension system in EU, a "High-Level Group of Experts On Pensions" have been set in order to provide policy advice to the Commission including supplementary pensions.[2]

Old age poverty and providing a sustainable social security system can be listed within the major problems of social security mechanism in Turkey, as well as many other countries including EU.

Social security as a fundamental right, has been recognised by the Constitution of Turkish Republic, designed as a duty for the State and consequently organised by State in Turkey. Compulsory social security scheme is organised

1 https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=752 (Access date: 16.03.2021)

2 https://ec.europa.eu/transparency/regexpert/index.cfm?do=groupDetail.groupMeetingDoc&docid=38547 (Access date: 16.03.2021)

by a public body, named Institute of Social Security, which is affiliated to the Ministry of Labour and Social Security.

In this paper, a general scope of the system, actual status about participation rates and attitude towards the system, pros and cons will be examined in the light of social security right through legal perspective and related international instruments such as ILO Conventions, European Social Charter and European Pillar of Social Rights.

II. LEGAL FRAMEWORK OF PRIVATE PENSION SAVINGS AS SUPPLEMENTARY SOCIAL SECURITY MECHANISM

In 2001, law numbered 4632 on "Private Pension Savings and Investment System Law" has been enacted. The purpose is to provide a supplementary social security scheme for citizens of Turkey, meanwhile creating funds for investment by using the savings of the people for retirement. The system is based on voluntary participation. Law numbered 4632, provides tax refunds to the participants for the contributions they made. Nevertheless, the participation rate to that supplementary system was beyond the expectations.

Savings within the System are invested in pension mutual funds established by pension companies, in compliance with relevant Capital Markets Board regulations by which they are governed, commensurate with each individual's risk-return profile. Private Pension Mutual Funds are authorised to invest in cash and time deposits, borrowing instruments including reverse repo, stocks, assets based on precious metals and real estate, futures and options, stock exchange money market transactions, mutual funds and other financial instruments deemed appropriate by the Capital Markets Board. This system is governed and directed by private insurance technics but State has a monitoring and surveillance role on the system.

There are two types of participation. First one is voluntarily and individual participation, the other is automatic enrolment of employees.

Voluntarily participation to the system is based on a "pension contract" which stipulates the procedures and principles about the individual pension account, the relationship between the participant and the private pension company as well as contribution payments, investments of paid contribution to preferred funds and payments to be made to the beneficiaries. Coverage

within compulsory social security system is not a pre-requisite in order to be a participant to the private (voluntary) pension saving system. Also, there is not a restriction concerning minimum age to participate in the system. An amendment made in 2021 and it abolished the requirement about having capacity to act. So, parents can pay the contribution for their children and make them a participant to the system.

In 2016, an amendment took place and participation for employees (workers and public servants) to Private Pension System (PPS) became mandatory from the date 1.1.2017. As a brief explanation for "automatic enrolment", the employers have to sign a contract with a private pension saving company. After signing that contract, all of the employees of that firm/person or public authority, will become participants to the system by automatic enrolment. As a result, the employers (whether public or private) have to pay contributions for their employees. Although participation to the system for workers and public servants is "automatic", they have the right to get out of the system if they want to do so. In order to make that supplementary system preferable, State is providing a special contribution on behalf of the participant, which is equal to %25 of his/her monthly contribution amount.

Automatic enrolment of employees also depends on a contractual relationship. The difference between the two participation methods is the contractual parties. In the second method, parties of the contract are private pension company and the employer, the participant is the employee. Automatic enrolment to a pension plan can be valid only for the employees who are under the age of 45. The contribution for an automatic enrolment pension plan is the 3% of the employee's monthly earnings which are considered also for the determination of the social security contributions. The employee may withdraw (opt-out) from the contract within two months after being notified of entrance in the plan. In that case, paid contributions, if any, along with investment earnings in the account, shall be reimbursed to the employee within 10 working days.

An important point to be addressed is foreign employees are left outside of the scope of automatic enrolment system.

State is also paying contributions for both types of participation. The amount is the 25% of the contributions made for the participant, whether by the participant or by his/her employer. There is a limitation for State contribution for every participant, which is equal to the 25% of total annual minimum wage.

TABLE 1: COMPARISON OF VOLUNTARY PENSION SYSTEM AND AUTOMATIC ENROLMENT SYSTEM BASED ON ESSENTIAL FACTS[3]

	VOLUNTARY SYSTEM	AUTOMATIC ENROLMENT SYSTEM
Participation	Voluntary	Automatic/Mandatory
Retirement requirements	10 years of participation and achieving age of 56	10 years of participation and achieving age of 56
Scope/Target group	Everyone	Employees below 45 age
Foreigners	Can join	Cannot join
Authority of choosing pension company	* Participant * On the condition of existence of a group retirement plan at the workplace, based on voluntary system, employer	Employer
Withdraw (opt-out) right	Can be used within 2 months of signing or approval of the contract	Can be used within 2 months of announcement of participation to an automatic enrolment plan to the employee
Right to exit from system	Can be used at any time	Can be used at any time
State contribution	%25 of the paid contributions	%25 of the paid contributions
Entitlement to state contributions	• 15% for a presence of at least 3 years in the system; • 35% for at least 6 years; • 60% for at least 10 years; • 100% for retirement, decease and disability	• 15% for a presence of at least 3 years in the system; • 35% for at least 6 years; • 60% for at least 10 years; • 100% for retirement, decease and disability
Retirement options	• Lump sum payment • Reimbursement within a timeline (payment of total or partial amount of savings within a timeline) • Annual income insurance (payment of total or partial amount of savings as pension on annual base)	• Lump sum payment • Reimbursement within a timeline (payment of total or partial amount of savings within a timeline) • Annual income insurance (payment of total or partial amount of savings as pension on annual base)

III. ACTUAL STATUS OF PRIVATE PENSION SCHEMES IN TURKEY

According to the data of Pension Monitoring Centre[4], which is established for ensuring the safe and effective operation of the individual pension system as well as building a monitoring and supervision system by the Law numbered 4632, the actual number of participants in the individual pension system is

3 https://www.egm.org.tr/otomatik-katilim/oks--bes-karsilastirmasi/

4 https://www.egm.org.tr/corporate/establishment-and-purpose/ (Access date 13.07.2021)

6.911.647 and the participants in the automatic enrolment system is 5.770.576, by the date 02.07.2021. [5]

In order to provide a better understanding about the actual status of private pension schemes and participants, population data will be needed. The latest official statistics reveals out Turkey's population is over 83 million for 2020, 16 million of the population is above the age of 55. This age group can be excluded from the possible participant group because of already been achieved to retirement age of individual pension system which is 56, although there is not any legal restriction towards them in order to be a participant of voluntary system.[6] So, around 67 millions of Turkish citizens have the right and possibility to be a participant of individual (voluntary) pension system. As it is mentioned above the total number of participants to the system is 6.911.647.

For making an assessment about automatic enrolment system the total number of employees has to be known. Employee term refers to workers and public servants which are also constituting the scope of the automatic enrolment system. Total number of employees (workers and public servants) are 15.794.188 workers; 3.148.326 public servants for April 2021, according to the official statistics of the Social Security Institution.[7] Over 18.942.514 employees, there are only 5.770.576 participants in the automatic enrolment system.

These numbers can be interpreted as participation to private pension schemes is remaining symbolic in Turkey.

Another important data, which might give an opinion about public concerns towards supplementary pension schemes might be the ratio and reasons for termination of participant status.

5 Total fund sizes are 171,5 billion TRY for individual (voluntary) system and 13,6 billion TRY for automatic enrolment system, https://www.egm.org.tr/homepage(Access date 11.07.2021)

6 https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Adrese-Dayali-Nufus-Kayit-Sistemi-Sonuclari-2020-37210 (Access date 13.07.2021)

7 http://www.sgk.gov.tr/wps/portal/sgk/tr/kurumsal/istatistik/aylik_istatistik_bilgileri

TABLE 2: REASONS FOR TERMINATION OF PRIVATE PENSION RELATIONSHIP[8]

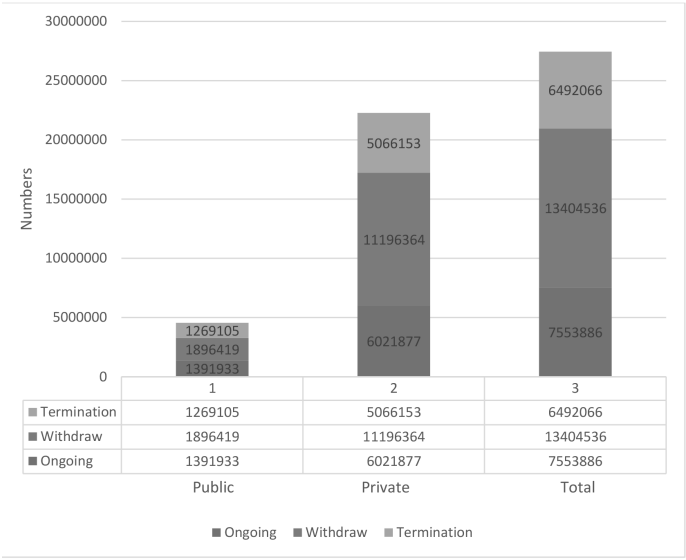
	VOLUNTARY PENSION CONTRACT SYSTEM	AUTOMATIC ENROLMENT SYSTEM
Withdraw (opt-out)	88,48%	48,83%
Transfer to another company	5,91%	4,16%
Account unification	2,34%	1,35%
Termination of the participant status (exit from system)	1,37%	15,25%
Retirement	1,41%	-
Decease/Disability	0,49%	0,15
Termination due to loss of employment status	-	2,74%

As it can be seen from the Table 2, withdraw (opt-out) is the dominant reason about termination of private pension relationships. The ratio is much higher in voluntary pension contract system in comparison with automatic enrolment system.

On the other hand, an evaluation within the automatic enrolment system, 48,83% of the participants in total withdraw from the system. The ratio of public sector employees' withdraw is higher than the private sector employees' withdraw ratio.

8 https://www.egm.org.tr/bilgi-merkezi/istatistikler/ (Access date: 11.07.2021) Data belongs to 30.06.2021.

FIGURE 1: ONGOING AND TERMINATED RELATIONS WITHIN AUTOMATIC ENROLMENT SYSTEM[9]



These figures can be interpreted in many ways. As an example, economic problems may cause some of the employees withdraw from the system as well as lack of trust concerning private pension idea creates the sole reason for others.

TABLE 3: REASONS FOR WITHDRAW (OPT-OUT FROM SYSTEM)[10]

High level of expenses or debt	71%
Lack of affordability	56%
Concerns related to the long-term investment	35%
Investments in other savings vehicles	30%
Concerns about the investment performance of pension funds	19%
High level of charges	16%
Lack of confidence about the automatic enrolment system	10%
Lack of faith-consistent investing alternatives (including interest-free funds)	2%

9 https://www.egm.org.tr/bilgi-merkezi/istatistikler/ (Access date: 11.07.2021) Data belongs to 30.06.2021. The difference between total numbers and private-public sector numbers are deriving from pension companies lack of data relating the sectoral information of soma automatic enrolment participants. These are 140.076 ongoing (%23,01); 311.753 (%51,22) withdraws and 158.808 terminated cases which are not specified by the companies whether they are public or private sector.

10 Peksevim,S.and Akgiray, V., Reforming the Pension System in Turkey; Comparison of Mandatory and Auto-Enrolment Pension Systems in Selected OECD Countries, 2019, 38.

Considering the facts and figures, it seems unrealistic for these mechanisms to provide a supplementary pension system for the majority of the society. As a result, private pension scheme whether voluntary participation or automatic enrolment, creates a supplementary investment method for those who can afford and continue to be a participant.

IV. SUPPLEMENTARY SOCIAL SECURITY MECHANISMS IN THE LIGHT OF SOCIAL SECURITY RIGHT

Social security right has been defined as a human right in International Declaration on Human Rights. ILO's Social Security (Minimum Standards) Convention (No.102) constitutes a basic level for social security by covering nine principal branches as follows; medical care, sickness, unemployment, old age, employment injury, family, maternity, invalidity and survivors' benefits. European Social Charter (1961) and the Revised European Social Charter, declare social security as a right for all workers and their dependants. These international instruments are core materials for social security as a fundamental right.

Demographical changes as well as changing nature of work evokes certain social security concerns. Ageing constitutes a major issue because increasing share of older people in the society in comparison with working age population will endanger the financial sustainability of social security systems. Another problem deriving from ageing population is the increase of the risk of poverty for elder people. These risks are fortified by the changing nature of work like increase in self-employment and non-standard work contracts. [11] According to UN, in 2050 the number of persons aged 60 or over will reach to 2,1 billion worldwide. the share of the older population will increase more rapidly in the future in developing than in developed regions. By 2050, older persons, age 60 and over, are expected to account for 35 per cent of the population in Europe, 28 per cent in northern America, 25 per cent in Latin America and the Caribbean, 24 per cent in Asia, 23 per cent in Oceania and 9 per cent in Africa.[12]

11 https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/pensions_en.pdf; Final Report of the High-Level Group of Experts on Pensions, 2019, 13, 25, https://ec.europa.eu/transparency/regexpert/index.cfm?do= groupDetail.groupMeetingDoc&docid=38547

12 United Nations: World Population Prospects: The 2017 revision: Key findings and advance tables New York, 2017, para. 10 & p.1; https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_673680.pdf, 190.

In 2011, International Labour Conference (100th session) adopted a strategy on the extension of social protection. This strategy has two dimensions, one is the horizontal dimension which aims at the rapid implementation of national social protection floors containing basic social security guarantees that ensure universal access to essential health care and income security at least at a nationally defined minimum level, the other is the vertical dimension which aims the progressive achievement of higher levels of protection within social security systems. The two main ILO source with these strategies are Social Protection Floors Recommendation (No. 202, 2012) (horizontal dimension) and Social Security (Minimum Standards) Convention (No.102) (vertical dimension).[13]

One of the important principles has been regulated in paragraph 3 of the Recommendation as "the overall and primary responsibility of the State" about providing adequate and sustainable social protection floors.

According to the Social Protection Floors Recommendation (art.5), national social protection floors should comprise at least the following basic social security guarantees;

1. access to a nationally defined set of goods and services, constituting essential health care, including maternity care, that meets the criteria of availability, accessibility, acceptability and quality;
2. basic income security for children, at least at a nationally defined minimum level, providing access to nutrition, education, care and any other necessary goods and services;
3. basic income security, at least at a nationally defined minimum level, for persons in active age who are unable to earn sufficient income, in particular in cases of sickness, unemployment, maternity and disability; and
4. basic income security, at least at a nationally defined minimum level, for older persons.

In 2019, Committee of Experts on the Applications of Conventions and Recommendations published its General Survey on the implementation of the Social Protection Floors Recommendation. In concluding remarks, the Committee points out the fact that "However, challenges remain, particularly since

13 https://www.ilo.org/secsoc/areas-of-work/policy-development-and-applied-research/social-protection -floor/lang--en/index.htm

only 29 per cent of the world population enjoys access to comprehensive social security coverage. The gaps and obstacles to the achievement of universal social protection observed in the present General Survey show the clear and pressing need for many countries to strengthen social protection policy and law and their effective implementation. To this effect, the Committee calls upon all member States to take up and carry forward the Recommendation by ensuring that its objectives and principles are given effect and that the right to social security becomes a reality for everyone, in particular in the context of the numerous challenges resulting from changes in the world of work. For the future, this is the high road to sustainable and cohesive societies and the realization of human rights."[14]

The main concern about supplementary social security mechanisms is their direct relation with individual's economic power. According to the OECD, the coverage increases in direct relation with income.[15] While international documents and organizations are putting effort on recognizing social security as a human right and trying to provide this for every human being, supplementary social security mechanisms fall beyond that idea. In another way, supplementary social security mechanisms put the individual's risk and responsibility at first. This can be seen in many ways as their direct relation with individual's economic capability, financial literacy and trust to funds in which the savings are invested. These are all on individual's shoulders in supplementary social mechanism especially in private pension systems. This structure pushes the liability and responsibility of the State back. If anyone is only capable of directing some amount of his/her earnings to funds and taking the risk of this investment, this can be called only as an investment method, not in the scope of social security right.

14 ILO, Universal Social Protection for Human Dignity, Social Justice and Sustainable Development, 2019, 300.

15 Final Report of the High-Level Group of Experts on Pensions, 2019,16.

TRABAJADORES MIGRANTES

MIGRANT WORKERS

LOS MOVIMIENTOS MIGRATORIOS EN LA ÉPOCA DEL BREXIT: CONSECUENCIAS PARA LOS TRABAJADORES MIGRANTES

FRANCISCA BERNAL SANTAMARIA

Diplomada en Relaciones Laborales, licenciada en Ciencias del Trabajo, y tiene el Master de Gestión del Conflicto a través de la Mediación, y doctora por la Universidad de Cádiz. Su currículum vitae se resume en los siguientes datos cuantitativos: diez años de docencia e investigación, mas de 25 participaciones en congresos y otros eventos académicos nacionales e internacionales con presentación de ponencia y/o comunicaciones, 28 publicaciones en revistas y en capítulos de libros, un libro, y un veintenar de direcciones y/o gestión de encuentros académicos.

ABSTRACT: The proposal of the presentation revolves around the problems and the consequences for migrant workers of the United Kingdom's departure from the European Union. Its relevance arises when considering that labor rights and social protection have been important weapons to strain the political and social environment in the United Kingdom. In this speech, it has been narrated that the massive arrival of immigrants "favored" the difficulties of the British labor market (higher rates in unemployment figures for natives, generalized drop in wages) and of the Social Security system and the national system of health (with an abuse in the granting of non-contributory benefits and social tourism).

KEYWORDS: Brexit, free movement of workers, workers' rights.

1. EL REINO UNIDO EN LA UNIÓN EUROPEA: LA CRÓNICA DE UN ADIÓS ENUNCIADO

Nos parece adecuado iniciar este trabajo con una breve crónica histórica de la entrada y de la permanencia del Reino Unido (RU) en la Unión Europea (UE o la Unión). Si echamos la vista atrás y remontamos a la creación de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero en el año 1951 y a la creación de la Comunidad Económica Europea, el RU tardó más de veinte años en ingresar en la Unión. Esta tardanza responde, por un lado, a la propia inercia británica que se mantenía más como un espectador en el discurrir de la Comunidad; y, por otro lado, a la oposición del presidente francés De Gaulle, quien alegaba que la estructura económica del RU era incompatible con los objetivos de la Comunidad, y que esta última no podía adaptar sus políticas a las exigencias británicas ante las consecuencias que ello pudiera tener. Finalmente, tras su renuncia a la presidencia francesa en el año 1969, se vislumbró una oportunidad para la entrada del RU que se materializó en 1973. En esta crónica es importante anunciar el acuerdo de adhesión no fue sometido a referéndum, como sí que hicieron Irlanda, Dinamarca o Noruega[1]. Como se verá, ahora el RU ha sido un aliado o socio rebelde desde los inicios.

1 El gobierno de Heath no sometió el acuerdo de adhesión a referéndum, sino al debate y decisión de los Comunes. BAR CENDÓN, A.: "El Reino Unido y la Unión Europea: Inicio y fin de una relación atormentada", *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 40, 2017, págs. 141-180.

A. UE-RU: una historia de acuerdos y desacuerdos, encuentros y desencuentros

El RU ha sido uno de los Estados más convulsos y desconfiados en los procesos legislativos de la Unión, lo que no quita que fuera un Estado respetuoso en la ejecución de la normativa, tal y como se ha encargado de informar la Comisión y ha expuesto la doctrina. Así, a pesar de ser un país euroescéptico, ha venido siendo uno de los Estados más cumplidores y legalistas, mientras que España ocupaba posiciones muy bajas[2].

A pesar de lo anterior, no es menos cierto que el RU ha gozado de un *status* jurídico singular y se le fueron realizando una serie de prerrogativas y de concesiones atractivas con el fin de asegurar su permanencia. Y es que el RU pronto manifestó reticencias a la hora de reformar su legislación con el fin de acometer las políticas de la Unión poniendo de manifiesto que no estaba cómodo con su filosofía, ni con sus principios políticos y económicos, ni tampoco con la cesión de competencias o espacios de soberanía. Tal era la incomodidad del RU que dos años después de su adhesión convocó un referéndum sobre su permanencia que resultó favorable a continuar. No obstante, ello no se tradujo en una mayor integración, todo lo contrario, ha estado marcada por etapas turbulentas y por campañas en contra de Europa de marcados tintes políticos y enfrentados a los británicos europeístas. el RU intensificó la petición de prerrogativas. En el pulso negociador se pueden exponer algunos ejemplos con privilegios y exigencias británicas, como la aprobación del famoso cheque británico que era una compensación por la contribución británica a los presupuestos europeos (recuerde el lector el emblema de Margaret Thatcher *I want my money back*). En el año 1992 negoció el régimen *opt-int* y *opt out* en un pulso a la adopción de la política social del Tratado de Maastricht[3].

Pero estas no fueron las únicas singularidades, por poner otros ejemplos: (-) no adopción del euro y mantener su propio sistema monetario (Protocolo núm. 15); (-) no participó en la zona o acervo de Schengen (Protocolo núm. 19); (-) ejercer los controles fronterizos de personas y, por consiguiente, no formó parte del espacio Schengen por lo que respecta a las fronteras exteriores e interiores (Protocolo núm. 20); (-) decidir si participaba o no en las medidas relativas al

2 Con esta opinión MANGAS MARTÍN, A.: "Las enseñanzas del Brexit*", El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 84-85, 2020.

3 Sobre estas cláusulas véase https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM%3Aai0022 https://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/opting_out.html?locale=es

espacio de libertad, seguridad y justicia (Protocolo núm. 21). Otro ejemplo de la singularidad del RU fue el *status* especial en políticas sobre controles de fronteras, asilo e inmigración, que le permitía no aplicar las disposiciones sobre migración del TFUE[4].

Con el marco dibujado se manifiesta que, con éstas y otras singularidades, el RU ha gozado de políticas específicas en varias materias, y muy particularmente, en migración, de tal forma que se ha tachado a la Unión de ser una Europa a varias velocidades.

B. E flujo migratorio como arma contra Europa

En el discurrir británico ha sido muy recurrente utilizar los derechos laborales y sociales de los migrantes como un arma para tensar el ambiente político y social el RU. Se debe tener en cuenta que la llegada masiva de migrantes comunitarios y extracomunitarios fueron dos acicates para lidiar contra la UE al sostener que la migración limitaba las oportunidades laborales para los autóctonos, bajaba los salarios ante una competencia desleal y hacía tambalear el sistema de seguridad social británico.

De forma muy concreta, se criticaba el acceso de los migrantes a las prestaciones no contributivas y asistenciales, pero también, a las pensiones, a la asistencia sanitaria[5]. En suma, el turismo social fue un elemento clave que

4 Sobre la posición del RU y de Irlanda respecto del espacio de libertad, seguridad y justicia (DOUE de 26 de octubre de 2012 C 326-1). Esta disposición quedó incorporada como anexo al TUE y al TFUE.

5 Nos resulta muy interesante la contextualización histórica de la entrada y de la "tortuosa" permanencia del RU en la UE realizada por RODRÍGUEZ CARDO, I.A.*: Derechos laborales y de Seguridad Social ante las tensiones territoriales: Brexit y Cataluña*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2019, pág. 27 y ss. Junto a ello, para el estudio de las prestaciones no contributivas, véase SÁNCHEZ RODAS NAVARRO, M.C.: "Libre circulación en la Unión europea y prestaciones no contributivas de Seguridad Social y asistencia Social, *Revista de Derecho de la seguridad social*, Laborum, núm. 10, 2017, págs. 111-124; "Los divergentes conceptos de asistencia social en el derecho de la Unión Europea y sus efectos sobre la propuesta de reforma del Reglamento 883/2004", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 49, 2018. De particular interés es el trabajo de GUERRERO PADRÓN, T.: "Ingreso mínimo vital y nacionales británicos en España en tiempo del Brexit*", e- Revista Internacional de la protección social*, vól. 2, núm. 2, 2020. El turismo social como elemento clave en el Brexit ha sido analizado por ÁLVAREZ-OSSORIO MICHEO, F.: "Libre circulación de ciudadanos y prestaciones sociales en la Unión Europea: configuración legal y juicio de validez (el caso Dano analizado con moderado optimismo)", *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 30-31, 2016; MARTÍN-POZUELO LÓPEZ, A.: "Crónica de un Brexit anunciado: análisis de las

fomentó el euroescepticismo en la ciudadanía británica con argumentos de distinto ropaje que eran empleados tanto en ciclos expansivos como recesivos de la economía. Por ejemplo, en periodos de crisis, la alerta era la quiebra del Estado de bienestar, la amenaza de la crisis financiera o el deterioro generalizado de las condiciones de empleo. Luego, el arma de la migración también era empleada en los periodos de bonanza ante la desconfianza que generaba la llegada masiva de migrantes. La crítica se ceñía principalmente a recalcar que la llegada descontrolada de migrantes aumentaba las prestaciones sociales y asistenciales. El problema era la concesión de las prestaciones no contributivas, la obtención de permisos de residencia de los trabajadores extracomunitarios.

Se puede señalar con rotundidad que el flujo migratorio fue un germen en la construcción a la posición férrea a los principios europeos, principalmente, a la libre circulación de trabajadores, y un calvo de cultivo en el nacer de El Brexit. El mismo gobierno británico cuestionó los mimbres de la Unión y las políticas europeas, todo ello para seguir gozando de una posición privilegiada en Europa[6].

La situación no mejoró con D. Camerón, cuando en el 2015 solicitó un programa de negociaciones con la UE para conseguir mayores ventajas, beneficios y singularidades; y cuando anunció la convocatoria del referéndum. Desde entonces se intensificaron las concesiones de la UE para convencer a los partidarios de la permanencia. Así, se lanzaron una batería de propuestas legislativas y de

causas sociales y su judicialización", Sala Segunda Corte Suprema de Justicia, núm. 40, disponible en: https://salasegunda.poder-judicial.go.cr/revista/Revista_N15/contenido/PDFs/05-ensayo-04.pd; RODRÍGUEZ-RICO RODLÁN, V.: "Sostenibilidad versus solidaridad: la libre circulación de personas en la Europa del Brexit", en Protección social en España, en la Unión Europea y en el derecho internacional (GARRIDO PÉREZ, E., SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. (Coord); AGUILAR GONZÁLVEZ, M.C. (dir.)), Laborum, 2017; O'BRIEN, C., "Don't think of the children! CJEU approves automatic exclusions from family bene ts in Case C308/14Commission v UK", de 16 de junio de 2016, disponible en http://eulawanalysis.blogspot.com.es/2016/06/dontthinkofchildrencjeuapproves.html.

6 Como se ha encargado ya de relatar la doctrina especializada en la materia, el Pre-Brexit, El Brexit y el Post-Brexit condicionaron y siguen condicionando el decurso de la libre circulación de trabajadores y, por consiguiente, de la coordinación de sistemas de seguridad social. Vid. GARCÍA DE CORTÁZAR NEBREDA, C.: "El brexit en el ámbito de coordinación de regímenes de seguridad social", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 49, 2018. El autor acude a los discursos incendiarios de D. Cameron en los que claramente se asocia emigración, con turismo social y con el colapso del Estado de Bienestar. Luego, aporta un conjunto de cifras estadísticas que tambalean este tipo de discursos para destacar el impacto económico positivo que ha tenido la migración en el RU, tanto en lo que atañe a las finanzas públicas vía impuestos, como al resaltar que los migrantes han sido en menor medida que los británicos destinatarios de beneficios sociales, de exenciones fiscales, y de viviendas sociales.

concesiones a iniciativa de las instituciones europeas. Las propuestas giraban entorno a limitar el acceso a las prestaciones no contributivas de los trabajadores que migraban al RU en búsqueda de trabajo, con una clara confusión entre trabajadores comunitarios y extracomunitarios.

El mismo mecanismo es utilizado por el propio TJUE, que giró su doctrina para facultar a los Estados a denegar las solicitudes de prestaciones no contributivas a las personas que no desempeñaban una actividad.

En fin, desde instancias europeas se realizaron recortes sociales a los extranjeros que transitan por el territorio de la Unión[7].Tal es así que en el marco de las negociaciones Pre-Brexit se declara que era oportuno tomar medidas para limitar los flujos migratorios de cara a evitar el abuso y los efectos negativos de la libre circulación y de la movilidad de trabajadores[8]. Si bien, a pesar de los esfuerzos de las instituciones europeas en paralizar la salida del RU, el 23 de junio de 2016 pasará a ser una fecha histórica marcada por la celebración del referéndum en la que resultó la salida por un 51.9 %. Y es que la polémica y la controversia estaban servidas desde el anuncio del referéndum y los discursos contrarios a la migración descontrolada, y en los que se ponía en cuestión si existían ventajas para el RU derivadas de la libre circulación de trabajadores.

C. El adiós del RU de la UE

El Sí al Brexit tuvo como resultado la cuenta atrás para que el EU abandonara la UE tras la Comunicación y la aplicación del art. 50 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)[9]. El resultado no se tradujo

7 Sobre este tema, véase ORDÓÑEZ SOLÍS, D.: "Los recortes de los derechos de los extranjeros en la Europa del "Brexit", *Revista de derecho migratorio y extranjería*, núm. 44, 2017.

8 Decisión del Consejo Europeo de 19 de febrero de 2016 relativa a un nuevo régimen para el Reino Unido en la Unión Europea Consejo Europeo. Extracto de las Conclusiones del Consejo Europeo de 18 y 19 de febrero de 2016 (1) (2016/C 69 I/01).

9 El art. 50 del TFUE recoge el derecho de que todo Estado miembro pueda decidir, de conformidad con sus normas constitucionales, retirarse de la Unión Europea. Tratado de la Unión Europea de 7 de febrero de 1992 firmado en Maastricht (DOUEC núm. 340 de 10 de noviembre de 1997 y BOE de 13 de enero de 1994). Sobre este mecanismo léase a FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: "Brexit 1: Activación del mecanismo de retirada voluntaria del Reino Unido de la Unión Europea y preparación de las negociaciones", *La ley Unión Europea*, núm. 48, mayo 2017. Se ha señalado que el art. 50 del TFUE no establece un plazo, pues el derecho de retirada es un derecho abierto y constante que acompaña al estatuto del Estado miembro en una organización internacional. En este sentido, reflexiona sobre la posibilidad de limitar el plazo de comunicación para evitar abusos en la presentación de la notificación oficial. Vid. MANGAS MARTÍN, A.: "Las enseñanzas del

en la salida automática del RU, sino que era preciso la activación del referido precepto. Así, el 13 de marzo de 2017 las respectivas Cámaras del Gobierno británico aprobaron la ley que autoriza la solicitud de aplicación del art. 50, y el 29 de marzo de 2017 se entrega la carta de comunicación. Tras presentar su renuncia D. Cameron, gana las elecciones T. May. La primera ministra está a favor de un *Soft Brexit* y presenta un acuerdo de divorcio con un acceso al mercado único europeo en algunos sectores, libre circulación de los europeos que viven en el RU, y que el RU participe en el presupuesto de la UE. En tanto que el ministro B. Johnson está a favor de *hard Brexit* en el que el RU sale del mercado único europeo, regresen los derechos de aduana, fin de la libre circulación de los europeos con la consiguiente petición de visados y de permisos de trabajo para entrar al territorio británico. En los meses posteriores se tensa el ambiente con declaraciones acaloradas y con el trasiego de propuestas que son rechazadas por las partes negociadoras. Finalmente, y tras sucesivos fracasos en las deliberaciones y las votaciones, T. May diite, y toma su relevo B. Johson, enturbiando más el ambiente negociador[10].

En todo este proceso es importante tener en cuenta que el RU que la negociación se inició tras la comunicación por el RU de su decisión de salida de la Unión. Luego, la salida hubiera sido el 29 de marzo de 2019, dos años desde su notificación al Consejo Europeo[11]. No obstante, la fecha se prorrogó tres veces junto con el periodo transitorio hasta el 31 de diciembre de 2020.

En ese lapso temporal la situación se mantuvo en un *status quo* con el fin de garantizar los derechos y las obligaciones de los sujetos afectados. Al tiempo, y durante ese periodo transitorio, el RU ha formado parte del mercado único y de la Unión Aduanera, con las cuatro libertades (libre circulación de mercancías, libre circulación de trabajadores, libre circulación de servicios y libre circulación de capitales)[12]. Igualmente, se ha continuando aplicando el Derecho de la Unión en y al RU, pero sin la participación del RU en las instituciones europeas, ni en las estructuras de gobernanzas de la RU. Por lo demás, la necesidad del periodo de transición referido quedó sustentado en la necesidad de otorgar un tiempo

Brexit*", El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 84-85, 2020

10 ISLAS COLÍN, A. "Brexit proceso de retiro y consecuencias en Derechos Humanos", *Brexit: persona, empresa y sociedad*, Aranzadi, (Ortega Giménez, A., Dir.), 2020, pág. 49.

11 Vid. FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: "Brexit 1: Activación del mecanismo de retirada voluntaria del Reino Unido de la Unión Europea y preparación de las negociaciones", *La ley Unión Europea*, núm. 48, 2017.

12 El Título IV del TFUE asegura la libre circulación de personas, de los servicios y de los capitales.

a la UE y el RU para negociar un acuerdo que concretara y fuera desarrollando su futura relación[13].

Con todo, el hecho es que desde la medianoche del 31 de enero de 2020 el RU dejó de ser Estado miembro de la UE y pasó a tener la consideración de tercer Estado, de tal forma que el RU vuelve a tener un papel de espectador en la historia de la UE y deja de tener un rol protagonista en el constructo de La Unión.

2. UNAS BREVES PINCELADAS DE LA CRONOLOGÍA NEGOCIADORA

En el transcurso de las negociaciones se tuvo presente el objetivo general de preservar los intereses de todos habida cuenta de los ciudadanos y de los países afectados, pero también, y en lo que en esta sede de análisis interesa, de las organizaciones-empleadoras y de los trabajadores. Si realizamos un esbozo, había que contemplar y concretar los derechos laborales, los derechos de estancia y de movilidad, la continuidad de becas y de estudios de más de tres millones de ciudadanos de la UE que residen en el RU y de más de un millón de ciudadanos británicos que residen en los países miembros de la Unión[14]. En tal aspecto, hay que poner de relieve la cantidad de personas que transitan o residen por el territorio de la UE. De forma concreta, se recalca los europeos no británicos que residen o transitan en el RU (3.000.000), y más de 1.000.000 de ciudadanos británicos residiendo y trabajando en países de la UE, sobre todo en España. En fin, se trató de garantizar una retirada ordenada del RU con el objetivo de preservar los intereses de quienes han fundamentando la organización de sus vidas en los derechos de movilidad que derivan del derecho de la Unión[15].

La primera fase se centra en los derechos los ciudadanos, el tema financiero o las fronteras. La segunda fase se inicia en diciembre de 2017, y se debate y marca las bases del Acuerdo de Retirada del RU de la UE (Acuerdo de retirada)[16], y se

13 Sobre el periodo transitorio, el alcance de las disposiciones transitorias y la posición y participación del Reino Unido en las instituciones (arts. 126 a 128).

14 Véase la explicación del acuerdo de retirada en el siguiente enlace https://ec.europa.eu/info/relations-united-kingdom/eu-uk-withdrawal-agreement_es (Último acceso: 11 de mar. de 21). Sobre las distintas posiciones de las partes, léase EU law in the UK: the post-Brexit landscape, IDS Emp. L. Brief 2021, 1137, pp. 22-31; y sobre la gestión de la migración leáse Managing migrant workers after Brexit, IDS Emp. L. Brief 2018, 1097, 2; Navigating the UK's new immigration system: post-Brexit considerations for businesses and workers. Comp. & Risk 2021, 10(1), 8-12.

15 Directrices del Consejo Europeo (artículo 50) de 29 de abril y de 15 de diciembre de 2017.

16 Acuerdo sobre la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea

aprueba las prórrogas del periodo de transición[17]. Con tal acuerdo los ciudadanos británicos dejaron de ser ciudadanos europeos y pasaron a ser nacionales de terceros países. Este Acuerdo formulaba un marco de protección con el fin de garantizar los derechos de los ciudadanos europeos y británicos que residían o transitaban por el territorio de Europa y del RU durante el periodo transitorio al que antes se hizo referencia. Así, recogía medidas sobre la libre circulación de trabajadores, derechos laborales, cualificaciones profesionales o derechos de protección social. Si bien, las medidas son coyunturales en tanto no se lograba el acuerdo regulador de las relaciones. En resumen, con el Acuerdo de Retirada se abogó por intentar una salida ordenada del RU, disponer de un periodo de transición para seguir negociando acuerdos futuros, y recoger las medidas sobre las condiciones de retirada[18].

El 3 de febrero del 2020 la Comisión Europea recomendó la apertura de las negociaciones con el RU, y remitió al Consejo una Recomendación con orientaciones y políticas acordadas previamente (en octubre de 2019) con el RU. De tal modo que, se ponían sobre la mesa propuestas y directrices de negociación en la que se definían el alcance y las modalidades de la relación futura que la UE contemplaba con el RU[19]. Pocas semanas después (25 de febrero), el Consejo adoptó una Decisión para la apertura de las negociaciones nombró a la Comisión como negociadora y formuló unas directrices de la negociación con disposiciones para la cooperación futura en ámbitos como la pesca, la movilidad, el comercio o el transporte[20].

---

y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (OJ L 29, DOUE de 31 de enero de 2020). Cabría advertir al lector que el Acuerdo de Retirada se refrendó o adoptó con fecha de 14 de noviembre de 2018, pero que finalmente fue aprobado por las partes en octubre de 2019. Por tanto, cabe referirse a él como el Acuerdo de Retirada de octubre de 2019. Luego, sin duda una fecha histórica fue cuando el Acuerdo de Retirada entró en vigor, que data del 31 de enero de 2020.

17 Vid. https://www.lamoncloa.gob.es/brexit/estado2/Paginas/111218_proceso2.aspx

18 Las relaciones entre el RU y la UE se pueden consultar en https://eur-lex.europa.eu/content/news/Brexit-UK-withdrawal-from-the-eu.html?locale=es

19 Brussels, 3.2.2020. COM (2020) 35 final. Recommendation for a Council Decision authorising the opening of negotiations for a new partnership with the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland.

20 La Decisión del Consejo y las directrices de negociación se basan en una recomendación presentada por la Comisión el 3 de febrero de 2020. También se basan en la declaración política acordada por la UE y el Reino Unido en octubre de 2019, así como en las orientaciones del Consejo Europeo (Art. 50) sobre las relaciones futuras entre la UE y el Reino Unido, de marzo de 2018 y abril de 2017.

El 2 de marzo se inicia la 1ª ronda de negociaciones que se programan cada dos o tres semanas de forma alterna en Londres y en Bruselas. Finalmente, se celebraron 9 rondas de negociación más reuniones al más alto nivel entre la presidente de la Comisión Europea y el Primer ministro británico. Si bien, la crisis sanitaria aplazó el desarrollo de la negociación, se acuerda que las reuniones tengan lugar por videoconferencia y se desea lograr un acuerdo antes de final de año. Dado que los avances en la negociación son mínimos, se hacen reuniones con los principales negociadores y en un formato más restringido.

En junio, el RU ponía sobre la mesa sus líneas rojas marcadas por eliminar el papel del TJUE, la libre autonomía legislativa y un acuerdo sobre la pesca. Por su parte, la UE criticaba el escaso compromiso del RU y su poca disposición para lograr soluciones que respetasen los principios y los intereses fundamentales de la UE. Además, preocupa que no hubiera avances en garantizar una competencial abierta y justa para las empresas europeas (en temas laborales o de seguridad social y una solución equilibrada, sostenible y a largo plazo para la pesca[21]).

Tampoco en la 7ª reunión se logró avances en los temas fundamentales para la UE (la competencia leal, la solución a los pescadores europeos, el acceso por carreteras de transportistas, el mantenimiento de estándares comunes en el terreno socio laboral, en el medio ambiente o en el aspecto financiero)[22].

En septiembre tiene lugar la 8ª reunión en la que la UE desea sortear las líneas rojas del RU y encontrar soluciones que respeten su soberanía. Sin embargo, las distancias persistían, el RU se negaba a incluir reglas para garantizar una competencia leal, ni garantías de estándares sociales y laborales, ni reglas comunes en aspectos como el clima, la pesca, la ley aplicable, el transporte o la energía. Desde la UE se demanda más claridad y confianza en la posición del RU en estos y otros puntos de la negociación. A ello se une un incumplimiento del RU del Acuerdo de Retirada. Por tal motivo, la UE inicia un procedimiento de infracción contra el RU.

21 La pesca fue un tema muy conflictivo en el transcurso de las negociaciones, tal es así que llegó a peligrar la consecución del acuerdo. No se puede perder de vista que el RU solicitaba la exclusión casi total de los buques pesqueros europeos de las aguas británicas.

22 Sobre la negociación de los aspectos laborales (semana laboral de 48 horas, requisito de registros del trabajo, inclusión de las horas extras en las vacaciones, etc.) , léase ZAHN, R.: Explainer: Brexit and employment law, Emp. L.B. 2021, 162, 5-6

Llegado el mes de octubre, los avances en los puntos esenciales no son suficientes, y Europa incoa al RU para que de los pasos necesarios para lograr el Acuerdo y para respetar el Acuerdo de Retirada y sus Protocolos. Ahora, se trabaja de forma más intensa en cualquier escenario, incluido no llegar a un acuerdo, así como en el diseño de medidas de continencias unilaterales y limitadas en el tiempo que redunden en interés de la UE. Es más, se dispuso un Plan de Contingencias que se hubiera aplicado si no se hubiera llegado a ningún acuerdo que recogía un conjunto de medidas de distinto ropaje[23].

Los primeros avances se lograron en octubre, y en relación a las medidas de aplicación con respecto a los derechos de residencia y las protecciones de seguridad Social. Destaca la voluntad política de avanzar el ritmo de las negociaciones para encontrar soluciones a toda velocidad y dentro del marco del Acuerdo de Retirada. In extremis, en diciembre de 2020 se logra alcanzar el Acuerdo de Comercio y Cooperación entre la UE y el RU (El Acuerdo de Comercio y de Cooperación)[24]. Se ha calificado como un acuerdo sustentado en meses de intensas negociaciones de la UE, que ha mostrado un nivel de unidad sin precedentes. También, de ser un acuerdo justo y equilibrado que protege por completo los intereses fundamentales de la UE y genera estabilidad y previsibilidad para la ciudadanía y las empresas[25].

Como se aprecia y cierto es que agotaron todo el tiempo hasta alcanzar unas bases mínimas de entendimiento que están llamadas a marcar la relación futura entre ambas potencias, y sobre todo para proteger las situaciones de los trabajadores en la época de Post-Brexit. El Acuerdo de Comercio y Cooperación se firmó el 30 de diciembre de 2020, aplicándose provisionalmente desde el 1 de

23 El Plan de contingencia en caso de un Brexit sin acuerdo recogía una serie de medidas en aspectos tan importantes como las Erasmus (protegiendo los derechos de los participantes; la Compensación de cargo al Fondo Europeo Marítimo y de Pesca o las autorizaciones de pesca, por ejemplo). Sobre ello véase http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-6851_en.htm P & R: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/contingency-qanda_en.pdf

24 El 29 de diciembre de 2020 el Consejo adoptó la Decisión (UE) 2020/2252(2), relativa a la firma, en nombre de la Unión, de dos Acuerdos: El Acuerdo de Comercio y Cooperación entre la Unión Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte; y, el Acuerdo entre la Unión Europea y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte relativo a los procedimientos de seguridad para el intercambio y la protección de información clasificada. En esta sede de análisis nos ocuparemos solamente de analizar el Acuerdo de Comercio y Cooperación.

25 https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2020/12/30/press-release-signature-of-the-eu-uk-agreement-30-december-2020/

enero de 2021, a reserva de su celebración en una fecha posterior. El último paso ha sido su versión definitiva, que sustituye *ab inicio* la versión de diciembre[26]. De esta versión nos interesa especialmente el Protocolo relativo a la coordinación de la Seguridad Social. Antes de entrar en su análisis, anotamos que se están cerrando los capítulos del Brexit después de cinco años de intensos debates legislativos y trabajos diplomáticos a todos los niveles. Tanto Londres como Bruselas parecen estar satisfechos con el logro final. Si bien, en la actualidad, los negociadores siguen con su ardua labor, y los acuerdos se están llevando con total discreción (por ejemplo, en lo que afecta a Gibraltar), sin que se estén haciendo públicos, mientras que los puntos de fricción de ambas delegaciones sean notorios. Sin duda alguna, el nivel de complejidad de las negociaciones exige un espíritu de cautela y de intimidad en el trascurso de las mismas.

No puede pasar por alto que un Brexit sin acuerdo, el conocido como Brexit Duro, se hubiera traducido en como estudiantes que se quedan sin tarjeta sanitaria, jubilados cuya pensión británica hubiera perdido parte de su valor por la depreciación de la libra respecto al euro, profesionales británicos que cotizaban en España y que perderían sus derechos de cotización al volver al RU, o profesionales de la salud que trabajaban en el RU y que necesitaban de una cobertura médica para ejercer su profesión[27].

Desde luego, es innegable las repercusiones del Brexit en disciplinas como el Derecho tributario, el Derecho mercantil, el Derecho civil, el Derecho medioam-

26 Decisión (UE) 2021/689 del Consejo de 29 de abril de 2021 relativa a la celebración, en nombre de la Unión, del Acuerdo de Comercio y Cooperación entre la Unión Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica, por una parte, y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, por otra, y del Acuerdo entre la Unión Europea y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte relativo a los procedimientos de seguridad para el intercambio y la protección de información clasificada. Ambos acuerdos entraron en vigor el 1 de mayo del 2021. En puridad se trata de una ratificación formal del acuerdo de Brexit que entró en vigor, de forma provisional, el 1 de enero de 2021, y que se tendría que haber aprobado no más tardar del 28 de febrero de 2021. Sin embargo, se necesitó de un aplazamiento con vistas a lograr que Bruselas revisara todos los aspectos del mismo, si bien sin ningún poder de enmendarlo, solo de aceptarlo o rechazarlo. Así, el Parlamento Europeo ha dado su consentimiento para que a UE quede vinculada por el referido Acuerdo.

27 GALLEGO LOSADA, R.: "Los derechos sociales de los ciudadanos de la Unión Europea y del Reino Unido. Libre circulación de trabajadores y seguridad tras el Brexit", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 52, 2019. De forma específica sobre el acuerdo, léase ROJO TORRECILLA, E.: UE: 28-1. Brexit. Un apunte sobre el contenido laboral y de protección social del acuerdo UE-RU e Irlanda del Norte en http://www.eduardorojotorrecilla.es/2021/01/ue-28-1-brexit-un-apunte-sobre-el.html; Divergence from EU employment law likely sooner rather tan later, IDS Emp. L. Brief 2021, 1133, 2.

biental, en el Derecho internacional. Con tal escenario, tiene sentido que se procediera a tomar una serie de medidas con el objeto de minimizar los efectos negativos de la retirada. En esta sede de análisis, nos ocuparemos exclusivamente de atender el impulso en el terreno socio-laboral para conocer qué medidas se están negociando con el fin de proteger los intereses de los trabajadores afectados.

3. LAS CONSECUENCIAS PARA LOS TRABAJADORES

La salida del RU de la Unión ha afectado a instituciones básicas del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y tan importantes como son: la protección social (el reconocimiento y el cobro de prestaciones), la libre circulación de trabajadores, los derechos laborales, la asistencia sanitaria, el desplazamiento de trabajadores en una prestación de servicios, e incluso, la ley aplicable a los contratos de trabajo de los trabajadores afectados por El Brexit[28]. Todo ello y en aras de proteger los derechos socio-laborales se plantearon distintos escenarios que se pusieron sobre la mesa de negociación entre la UE y el RU, como por ejemplo la posibilidad de suscribir acuerdos bilaterales entre ambas potencias[29].

Pues bien, a pesar que sería necesario profundizar en todos los derechos de los trabajadores afectados, el análisis sosegado que requiere escapa a la extensión marcada para este trabajo. Así, consideramos que este debe ser abordado en trabajos posteriores pues es un estudio imprescindible en los tiempos Post-Brexit. Teniendo en cuenta lo anterior, nos ocupamos de analizar la regulación contenida en el Acuerdo anotado, el Acuerdo de Comercio y Cooperación[30].

A. Los derechos de los trabajadores en el Acuerdo de Comercio y Cooperación

Una de las primeras cuestiones que conviene tener en cuenta es que el Acuerdo facilita la posibilidad de que los Estados miembros celebren, en determinadas condiciones, acuerdos bilaterales con el RU relativos a cuestiones

28 De imprescindible lectura en relación a los derechos humanos es GARCÍA OLIVA, Javier. Brexit, Human Rights and the Role of Constitutional Culture.Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 6, n. 3, p. 573-594, set./dez. 2019. DOI: 10.5380/rinc.v6i3.70441.

29 Sobre estas opciones de negociación léase LÓPEZ CUMBRE, L.: "Consecuencias laborales del Brexit", *Análisis Ga&P*, 2016; SAÍZ TRILLO, L. y NAVARRO CUÉLLAR, A.: "El Brexit y el derecho del trabajo de la Seguridad Social (Consecuencias derivadas de la Salida del Reino Unido de la Unión Europea)", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 190, 216.

30 Sobre la responsabilidad del empleador relacionadas sobre todo en el campo de la prevención de riesgos laborales y de la salud, léase HUCKLE, T.: Brexit for employer's liability lawyers: the story so far, J.P.I. Law 2020, 2, pp. 77-92.

cubiertas por el Acuerdo en determinadas materias, entre ellas, la seguridad social. De tal forma que enuncia la necesidad de recoger un marco que sirva de guía que incluya las condiciones y el procedimiento en las que los Estados puedan negociar y celebrar tales acuerdos.

Luego, respecto a los ámbitos no regulados en el Acuerdo, los Estados miembros podrán celebrar acuerdos bilaterales siempre que cumplan una serie de requisitos. En efecto, el art. 7 del Acuerdo enuncia que los acuerdos bilaterales deben ser compatibles con el funcionamiento del Acuerdo, del mercado interior y no menoscabar su funcionamiento, con el Derecho de la Unión y no hacer peligrar la consecución de ningún objetivo de la acción exterior de la Unión en el ámbito de que se trate o ser de cualquier otro modo perjudicial para los intereses de la Unión.

Nos parece interesante que se detenga a señalar que el acuerdo previsto cumplirá el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad consagrado en el TFUE. Además, se prevé que el Estado que pretenda negociar un acuerdo bilateral deberá informar a La Comisión de las intenciones y de la marcha de las negociaciones respetando el principio de cooperación leal. A renglón seguido, el art. 8 obliga al Estado miembro a informar a La Comisión de la negociación con el RU, y en su caso, la invitará a participar en las negociaciones en calidad de observadora.

Junto a lo demás, cuando concluya la negociación, remitirá el proyecto del acuerdo a la Comisión para que se informe al Parlamento Europeo y al Consejo. En el plazo de tres meses de la recepción del proyecto de acuerdo bilateral, La comisión tomará una decisión para determinar si se cumplen las condiciones, y ya en el caso que éstas se cumplan, el Estado podrá firmar y celebrar el Acuerdo. Por otra parte, los Estados miembros que tengan la intención de negociar y celebrar acuerdos bilaterales con el RU en ámbitos a los que no se aplique el Acuerdo informarán oportunamente a la Comisión, respetando plenamente el principio de cooperación leal, de sus intenciones y de la marcha de las negociaciones.

En otro orden de cosas, como se puso de manifiesto, una línea roja de la UE fue la preocupación ante la competencia desleal en el comercio y en las empresas debida a la posibilidad de bajar los estándares de protección socio-laboral en el mercado británico.

Pues bien, el art. 2 del Acuerdo señala que la Comisión durante los primeros cinco años debe informar anualmente al Parlamento Europeo y al Consejo sobre

la ejecución y la aplicación del Acuerdo. En este informe se hará mención a la evolución en el Derecho del RU sobre los niveles de protección socio laboral cubiertos. Tras dicho periodo de cinco de cinco años, la Comisión debe informar con una regularidad de al menos dos años.

En lo que afecta a la protección social, habría que acudir al Anexo Protocolo relativo a la Coordinación de la Seguridad Social. El Anexo dispone de tres títulos, en el primero se enuncian las disposiciones generales. El título II se encarga de regular la legislación aplicable (arts. 10 y ss.), y el Título III de las disposiciones particulares aplicables a las distintas categorías de prestaciones (arts. 15 y ss.). En esta labor de análisis no sería posible detenerse en todas y cada una de la regulación contenida en el Protocolo. Siendo así, nos parece adecuado destacar algunas de las instituciones más relevantes de cara a garantizar los derechos ante la libre circulación de las personas.

El art. 1 se encarga de enunciar un conjunto de nociones como la actividad por cuenta ajena, la actividad por cuenta propia o las prestaciones en especie, remitiéndose para ello a la legislación de seguridad social del Estado en el que se ejerza la actividad o se produzca la situación, o las que defina la legislación que se palique en ese Estado. Una mención especial requiere la definición otorgada a trabajador fronterizo como toda persona que realice una actividad por cuenta ajena o propia en un Estado y resida en otro Estado al que regrese normalmente a diario o al menos una vez por semana. A su vez, y en lo que afecta a sectores concretos como el marítimo o el aéreo, señala la base como el lugar en el cual el tripulante habitualmente comienza y termina uno o varios períodos de actividad y en el que, en condiciones normales, el operador/línea aérea no se responsabiliza del alojamiento del tripulante.

Luego, distingue entre institución e institución del lugar de residencia o del lugar de estancia. La primera será aquella encargada de aplicar la totalidad o parte de la legislación; La segunda será aquella que concede las prestaciones en el lugar en que reside el interesado, y tercera será aquella que concede las prestaciones en el lugar en que se encuentra, según la legislación que aplique esa institución. Después recoge otros conceptos remitiéndolos a la legislación aplicable o la del Estado que tenga la competencia. Así, por ejemplo, para definir la persona asegurada, los miembros de la familia, el periodo de empleo, el periodo de seguro, o el periodo de residencia.

En este orden de cosas, es interesante detenerse en las prestaciones no contributivas habida cuenta que fue un elemento decisorio en el Brexit. El Pro-

tocolo se ocupa solo de las prestaciones especiales en metálico no contributivas considerando que son aquellas que tienen por objeto proporcionar: (-) cobertura complementaria, sustitutoria o auxiliar de los riesgos cubiertos por las ramas de seguridad social que garantice unos ingresos mínimos de subsistencia respecto a la situación económica y social en el Estado de que se trate[31], o (-) únicamente la protección específica de las personas con discapacidad, en estrecha vinculación con el contexto social de cada una de esas personas en el Estado de que se trate,

En este tenor se subrayan dos aspectos: una, que la financiación de estas prestaciones procede solo de la tributación obligatoria destinada a cubrir el gasto público general; Dos, que las condiciones para su concesión y cálculo no pueden depender de ninguna contribución del beneficiario. No obstante, las prestaciones concedidas para complementar una prestación contributiva no se considerarán prestaciones contributivas por este único motivo.

En la línea dibujada, el Protocolo concreta el ámbito de aplicación personal ciñéndolo a quienes, estén o hayan estado sujetas a la legislación de uno o de varios Estados, así como a los miembros de sus familias y a sus supérstites (incluyendo apátridas y refugiados)[32].

De la misma importancia es atender el ámbito material relacionado con las remas de seguridad a la que se aplica el Protocolo. Las ramas de seguridad social son: (-) prestaciones de enfermedad; (-) prestaciones de maternidad y de paternidad asimiladas; (-) prestaciones de invalidez; (-) prestaciones de vejez; (-) prestaciones de supervivencia; (-) prestaciones de accidentes de trabajo y de enfermedad profesional; (-) subsidios de defunción; (-) prestaciones de desempleo; (-) prestaciones de prejubilación. A su vez, se aplica a todos los regímenes de seguridad social, tanto generales y especiales, contributivos y no contributivos, y en relación a las obligaciones del empleador o del armador. Si bien, recoge entre las salvedades que las disposiciones del título III no afectan a las obligaciones del armador.

Pues bien, nos resulta muy llamativo, a la vez que coherente con los objetivos del Brexit, las exclusiones recogidas por el Protocolo en el art. SSC:3. En efecto, se expulsa de su campo de aplicación:

31 Las ramas de seguridad social están mencionadas en el artículo SSC.3, apartado 1.

32 Art. SSC.2.

(-) las prestaciones especiales en metálico no contributivas que figuran en la parte 1 del anexo SSC-1; (-) la asistencia social y médica;

(-) las prestaciones respecto a las cuales un Estado asuma la responsabilidad de los daños causados a las personas y prevea una compensación[33];

(-) las prestaciones de cuidados de larga duración que figuran en la parte 2 del anexo SSC-1; los servicios de reproducción asistida;

(-) los pagos vinculados a una rama de la seguridad social enumerada en el apartado 1 y que) se abonan para cubrir los gastos de calefacción en un clima frío; y figuran en la parte 3 del anexo SSC-1;

(-) las prestaciones familiares.

En relación a lo apuntado en el Anexo SSC-1 (Parte 1) detalla las prestaciones en metálico a las que no se aplica el Protocolo. Por un lado, distingue las que excluye el RU y las que excluyen los Estados miembros. De forma generalizada, los Estados miembros reflejan un conjunto de prestaciones, de complementos, pensiones o subsidios a los que no se aplica el Protocolo. En esta labor de análisis, si nos fijamos en el RU son prestaciones de diversa naturaleza, como el crédito de pensión estatal, o determinados subsidios, como los de los solicitantes de empleo basados en los ingresos o de subsistencia para personas con discapacidad, o bien subsidios como el de empleo y manutención, el de subsidios para embarazos, becas en edad escolar, etc. Luego, si posamos la mirada sobre España llama poderosamente la atención que recoja entre las prestaciones excluidas el ingreso mínimo de subsistencia.

En relación a lo señalado en el Anexo SSC-1 (Parte 2), el RU apunta desde subsidios de subsistencia para personas con discapacidad, de asistencia, para cuidadores a los destinados para cuidadores jóvenes, entre otros pagos. Mientras que España excluye sin más precisión reales decretos que regalan la dependencia, las pensiones de jubilación, o las prestaciones de incapacidad permanente, entre otras.

33 Entre las prestaciones excluidas en esta categoría cita algunos ejemplos, como las concedidas a las víctimas de guerra y de acciones militares o de sus consecuencias; las víctimas de delitos, asesinato o actos terroristas; las víctimas de daños ocasionados por agentes del Estado en el ejercicio de sus funciones; o las víctimas que se hayan visto perjudicadas por razones políticas o religiosas o debido a su origen.

Junto a lo demás, el Protocolo traza de una forma muy genérica el principio de no discriminación en relación a las disposiciones de coordinación de seguridad social. Luego, en lo que afecta a la igualdad de trato, recoge que las personas a las que se aplica el Protocolo disfrutarán de los mismos beneficios y estarán sujetas a las mismas obligaciones de la legislación de cualquier Estado en las mismas condiciones. Si bien, subraya dos salvedades, por un lado, que se disponga otra cosa, y, por otro lado, que no se aplica a las materias listadas en el art. SS3.apartado 4 a las que ya se hizo la debida referencia (asistencia social y médica, determinadas prestaciones en metálico no contributivas, prestaciones familiares, etc.)[34].

Las disposiciones siguientes del Protocolo se alinean para garantizar la movilidad de los trabajadores, o en su caso, la libre circulación de trabajadores. Así, recoge la aplicación de dos principios, el de prestaciones, ingresos, hechos o acontecimientos; el de la totalización de los periodos, y el de supresión de las cláusulas de residencia[35].

En relación al principio de asimilación, salvo que se disponga otra cosa, garantiza que los Estados lo apliquen. De la literalidad del precepto enunciado en el Protocolo se traduce que es una copia del art. 5 del Reglamento 883/2004[36]. La importancia del mismo no es baladí si tenemos en cuenta que el principio se concibió como una prolongación del principio de igualdad de trato y como una herramienta para luchar contra la discriminación (de forma particular, la indirecta).

En atención al carácter territorial de las normas de seguridad social y para salvar la movilidad y la libre circulación de trabajadores se enuncia este principio. En efecto, dado que la concesión de las prestaciones en las legislaciones de los países tiene un carácter territorial se aboga por este principio que "actúa como un instrumento legal que indirectamente extiende y abre el campo geográfico estrictamente nacional de los ordenamientos internos de Seguridad Social al espacio territorial de la Unión, posibilitando en algunas ocasiones y obligando en otras que determinados hechos que se han producido en un Estado puedan ser tomados en consideración en otro Estado en una especie de extraterritoria-

34 Arts. SSC- 4 y 5, respectivamente.

35 Arts. SSC- 6, 7 y 8 respectivamente.

36 Reglamento (CE) N.º 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004 sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social (Texto pertinente a efectos del EEE y de Suiza). Diario Oficial de la Unión Europea Número 166, de 30/04/2004.

lidad impropia"[37]. Un aspecto importante a tener en cuenta que es que quedan exceptuadas con generalidad las prestaciones no contributivas, es decir, que no se pueden "exportar" a otro territorio[38].

En relación al principio de totalización, la única diferencia con el Reglamento 883/2004 (art. 6), es que "sustituye" el término de admisión por aplicabilidad.

Por último, el principio de supresión de las cláusulas de residencia lo garantiza en los mismos términos que el Reglamento (art. 7), con la salvedad que el Protocolo excluye las prestaciones en metálico vinculada a la invalidez y al desempleo.

En relación a la determinación de la legislación aplicable, el Título II del Protocolo en su art. SSC. 10 enuncia los principales elementos de la misma, y viene a trasladar el enunciado del Reglamento 883/2004 (arts. 11 y ss.). Si bien mantiene una salvedad de forma transitoria relacionada con la situación antes de la entrada en vigor del protocolo. La salvedad se refiere a una serie de Estados que tendrían que estar enumerados en el anexo SSC-8[39].

En este punto, dibuja una situación delineada por la aplicación de la siguientes normas: a) la persona que ejerza una actividad por cuenta ajena en un Estado para un empleador que ejerza normalmente sus actividades en él y que sea enviada por ese empleador a otro Estado para realizar un trabajo por cuenta de ese empleador seguirá estando sujeta a la legislación del primer Estado, a condición de que:

(-) la duración de ese trabajo no exceda de veinticuatro meses; y (-) esa persona no haya sido enviada para reemplazar a otro trabajador desplazado; b) la persona que ejerza normalmente una actividad por

37 Uno de los mayores expertos en la materia señala a tal respecto que el principio de asimilación, de construcción del TJUE, ha alcanzado carta de naturaleza propia, transformándose en un principio rupturista innovador, autónomo y novedoso. Vid. GARCÍA DE CORTÁZAR NEBREDA, C.: "Principio de asimilación en el Reglamento 883/2004", *e-Revista Internacional de la Protección Social,* 2018, Vol. III, No 1 http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2018.i02.02. Páginas: 3-18.

38 Sobre la exportabilidad de las prestaciones, SÁNCHEZ RODAS NAVARRO, C, "Good legal practices in Spanish law? clauses governing residence and the export of Spanish social security benefits", AA.VV, Good Practices in Social Law", Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 23-45.

39 La UE ha debido notificar al RU la situación de cada Estado miembro, distinguiendo hasta tres categorías por las que se indica si el Estado ha notificado a la UE que desea aplicar esta excepción (categoría A); si el Estado no desea aplicar la excepción (categoría B); si el Estado no ha indicado si desea aplicar la excepción). Luego, se distingue un margen de aplicación para cada una de las categorías de los Estados.

cuenta propia en un Estado y que vaya a realizar una actividad similar en otro Estado seguirá estando sujeta a la legislación del primer Estado, a condición de que la duración previsible de esa actividad no exceda de veinticuatro meses.

Junto a lo anterior, el Protocolo se encarga de adaptar las disposiciones del art. 13 del Reglamento 883/2004 en cuanto a la determinación de la ley que sería aplicable en el caso que una persona ejerza una actividad por cuenta ajena en dos o más Estados (art. SSC.12 del Protocolo). Del contenido de la adaptación sería adecuado subrayar las siguientes particularidades:

(-) Una persona que ejerza normalmente una actividad por cuenta ajena en dos o más Estados miembros (y no en el RU) estará sujeta a la legislación del RU si no ejerce una parte sustancial de esa actividad en el Estado de residencia y esa persona: a) está empleada por una o más empresas o empleadores, todos los cuales tienen su domicilio social o sede social en el RU; b) reside en un Estado miembro y está empleada por dos o más empresas o empleadores, todos los cuales tienen su domicilio social o sede social en el RU y el Estado miembro de residencia; c) reside en el RU y está empleada por dos o más empresas o empleadores, de los cuales al menos dos tienen su domicilio social o sede social en diferentes Estados miembros; d) reside en el RU y está empleada por una o más empresas o empleadores, ninguno de los cuales tiene un domicilio social o sede social en otro Estado;

(-) Una persona que ejerza normalmente una actividad por cuenta propia en dos o más Estados miembros (y no en el RU), sin ejercer una parte sustancial de esa actividad en el Estado de residencia, estará sujeta a la legislación del RU si el centro de interés de su actividad está situado en el RU. No obstante, el Protocolo matiza que esta última disposición no se aplicará en el caso de una persona que ejerza normalmente una actividad por cuenta ajena y por cuenta propia en dos o más Estados miembros.

La última disposición destacable en cuanto a la determinación de la legislación aplicables es que las personas serán tratadas como si ejercieran la totalidad de sus actividades por cuenta ajena o propia y percibieran la totalidad de sus ingresos en el Estado de que se trate. El enunciado expuesto se alinea con los

principios a los que antes se hizo referencia, el de asimilación y de totalización de los periodos.

Otro precepto que nos parece interesante apuntar es el que recoge las obligaciones del empleador (art. SSC.14). En él se enuncia el deber del empleador cuyo domicilio social o sede social se encuentre fuera del Estado competente de cumplir todas las obligaciones de la legislación aplicable con respecto a sus empleados, en particular la obligación de pagar las cotizaciones previstas por dicha legislación, como si su domicilio social o sede social se encontrara en el Estado competente.

Junto a ello, subraya que el empleador que no tenga una sede de explotación en el Estado cuya legislación sea aplicable, por una parte, y el trabajador asalariado, por otra, podrán llegar a un acuerdo. A través del mismo el trabajador debe cumplir, por cuenta del empleador, las obligaciones referentes al pago de cotizaciones, sin perjuicio de las obligaciones básicas del empleador. Por su parte, el empleador debe notificar este acuerdo a la institución competente de ese Estado.

Otro de los aspectos importantes del Protocolo es el Título III que concreta las particularidades de cada una de las categorías de las prestaciones de seguridad social. Así, y sin ánimo de exhaustividad, distingue entre: Prestaciones de enfermedad, de maternidad y de paternidad asimiladas (Capítulo 1); Prestaciones de accidentes de trabajo y de enfermedad profesional (Capítulo 2); Susidios de defunción (Capítulo 3); Prestaciones de invalidez (Capitulo 4); Pensiones de vejez y de supervivencia (Capítulo 5); Prestaciones de desempleo (Capítulo 6); Prestaciones de prejubilación (Capítulo 7). Como no sería posible detenerse en cada una de estas categorías, procedemos a describir nuevamente solo algunas instituciones claves ante la libre circulación de trabajadores. Si bien, tal y como se anotó supra, el Protocolo se aplica a las prestaciones no contributivas (con las excepciones que ya se destacaron), es notorio que no son el foco principal del mismo.

La Sección I del Capítulo I regula las prestaciones de las personas aseguradas y de sus familias. En el art. SSC. 15 garantiza que cuando estas personas residan en un Estado distinto del Estado competente, puedan disfrutar de las prestaciones en especie servidas en nombre de la institución competente por la institución del lugar de residencia, con arreglo a la legislación que esta última aplique, como si los interesados estuvieran asegurados en virtud de dicha legislación.

El art. SSC. 16 recoge otras particularidades para los trabajadores fronterizos al señalar que también tendrán derecho a esas prestaciones en especie mientras se encuentren en el Estado competente. Es más, destaca que las prestaciones en especie serán facilitadas y sufragadas por la institución competente, con arreglo a la legislación que esta última aplique, como si los interesados residieran en dicho Estado.

Luego, y en relación a los miembros de la familia del trabajador fronterizo recoge su derecho a las prestaciones en especie durante su estancia en el Estado competente. No obstante, se menciona una importante salvedad, y es que se restringe tales prestaciones para los miembros de la familia del trabajador fronterizo en los siguientes Estados: Croacia, Dinamarca, Irlanda, Finlandia, Suecia y RU. Estos familiares solo tendrán derecho a las prestaciones en especie en el Estado competente en las condiciones siguientes: se aplicaría la legislación del lugar de estancia, como si estuvieran asegurados en virtud de dicha legislación solo cuando:

(-) las prestaciones en especie sean necesarias, desde un punto de vista médico, durante su estancia, en opinión del proveedor de las prestaciones en especie, teniendo en cuenta la naturaleza de las prestaciones y la duración prevista de la estancia;

(-) la persona no haya viajado a ese Estado con el fin de recibir las prestaciones en especie, a menos que la persona sea un pasajero o miembro de la tripulación a bordo de un buque o aeronave que viaje a dicho Estado y que las prestaciones en especie hayan sido necesarias por razones médicas durante el viaje o vuelo; y

(-) se presente un documento acreditativo válido[40].

Junto a ello, se aclara que las prestaciones en especie aquellas que dispena el Estado de estancia, de conformidad con su legislación, y que sean necesarias, desde un punto de vista médico, para evitar que una persona asegurada se vea obligada a regresar antes del final de la estancia prevista al Estado competente con el fin de someterse al tratamiento necesario.

En resumen, se debe presentar al proveedor de asistencia sanitaria del Estado de estancia un documento acreditativo expedido por su institución competente que demuestre su derecho a prestaciones en especie. Si no dispone de

40 El documento será conforme al art. SSCI.22, apartado 1, del anexo SSC-7.

dicho documento, la institución del lugar de estancia se dirigirá, a petición del asegurado o cuando sea necesario por otros motivos, a la institución competente para obtenerlo. Este documento debe indicar que la persona tiene derecho a las prestaciones en las condiciones que hemos señalado, y cumplirá los requisitos del apéndice SSCI-2[41].

Después, se ocupa de concretar las prestaciones en especie que se podrán dispensar durante la estancia en otro Estado, y que requieren por razones prácticas de un acuerdo previo entre el interesado y la institución que presta la asistencia, entre éstas: las prestaciones por enfermedades crónicas o preexistentes y por embarazo y parto; las relacionadas con enfermedades crónicas o preexistentes o con el parto, no están cubiertas por las presentes disposiciones cuando el objetivo de la estancia en otro Estado sea recibir estos tratamientos; todo tratamiento médico vital que solo sea accesible en unidades médicas especializadas o que solo pueda dispensarse con personal o equipamiento especializados deberá ser objeto de un acuerdo previo entre el asegurado y la unidad que dispense el tratamiento, a fin de garantizar que el tratamiento esté disponible durante la estancia del asegurado en un Estado distinto del Estado competente o de residencia. Además, lista, de forma no exhaustiva, tratamientos que cumplen los criterios: diálisis renal; oxigenoterapia; tratamiento especial para el asma; ecocardiografía en caso de enfermedades autoinmunes crónicas; quimioterapia. Por último, se contempla que Irlanda, España, Chipre, Portugal, Suecia y el RU son los países que reclaman el reembolso de las prestaciones en especie sobre la base de importes a tanto alzado.

B. Otros aspectos a tener en cuenta en los derechos de los trabajadores

En el caso de los trabajadores altamente cualificados, estacionales y desplazados, así como de las personas trasladadas dentro de una misma empresa, los

41 El documento acreditativo debe ser emitido por las instituciones competentes del Estado Miembro y cumplirá la Decisión n.º S2 de la Comisión Administrativa, de 12 de junio de 2009, relativa a las características técnicas de la tarjeta sanitaria europea. En relación, al RU, el documento que emita contendrá los siguientes datos: apellidos y nombre del titular del documento; número de identificación personal del titular del documento; fecha de nacimiento del titular del documento; fecha de caducidad del documento; el código «UK» en lugar del código ISO del RU; el número de identificación y el acrónimo de la institución del RU que expide el documento; el número lógico del documento. Y si se trata de un documento provisional, la fecha de expedición y la fecha de entrega del documento, así como la firma y el sello de la institución del RU. A su vez, las especificaciones técnicas de los documentos acreditativos expedidos por el RU se notifican al Comité Especializado en Coordinación de la Seguridad Social a fin de facilitar la aceptación de los mismos por parte de las instituciones de los Estados miembros que conceden las prestaciones en especie.

investigadores y los estudiantes, no hay un límite en el número de nacionales de terceros países que pueden trabajan para una sola empresa. No se exigirá realizar ningún análisis sobre la situación del mercado laboral para contratar a nacionales de terceros países en estas categorías[42].

Desde varios escenarios se ha planteado que la libre circulación de personas ha desaparecido o se ha desvanecido tras el Brexit. Los británicos tienen restringido el movimiento en el continente, lo mismo que los comunitarios en las islas. De tal manera que después del 1 de enero si se desea residir en el RU más de seis meses se precisa de un visado. Con ello se puede entender que los derechos socio laborales se van a regir por los principios del libre mercado[43]. En esta línea, se ha comentado que el Primer Ministro B. No ha conservado los derechos sociolaborales, sin que se alcanzara un acuerdo por el que el RU pasara a tener un acuerdo similar al Espacio Económico Europeo (Noruega, Islandia y Liechtenstein). Como se expuso, la voluntad del RU no era esta, y con ello el Acuerdo dispone de un mayor nivel de burocracia, lo que podría entorpecer la movilidad de trabajadores[44]

4. REFLEXIONES PERSONALES

En este discurso, se ha narrado que la llegada masiva de inmigrantes "favoreció" las dificultades del mercado de trabajo británico (mayores índices en las cifras de desempleo para autóctonos, bajada de salarios generalizada) y del sistema de Seguridad Social y del sistema nacional de salud (con un abuso en la concesión de las prestaciones no contributivas y del turismo social). Sin duda, los derechos laborales y la protección social han sido armas importantes para

42 Bruselas, 19 de abril de 2021(OR. en) Expediente interinstitucional: 2020/0381 (NLE) 5198/21 ADD 2. Se puede consultar en https://bit.ly/3AyIdXf; Bruselas, 19 de abril de 2021 (OR. en) Expediente interinstitucional: 2020/0382 (NLE) 5198/21 ADD 5 UK 6 (págs. 128 y ss). Se puede consultar en https://bit.ly/3AyIdXf . Sobre los posibles escenarios en el RU léase https://www.observatoriorh.com/orh-posts/novedades-sobre-los-permisos-de-trabajo-para-reino-unido-a-partir-de-2021.html.

43 Un interesante debate sobre si estamos ante la libertad del contrato y de autonomía o si hay una sumisión a los principios generales del Derecho de la UE por O'CONNOR, N.: Whose autonomy is it anyway? Freedom of contract, the right to work and the general principles of EU law, I.L.J. 2020, 49(3), 285-317, que viene a señalar que con el Acuerdo de Retirada del 2018 la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE dejará de formar parte de la legislación nacional en la Era Post Brexit, pero que los principios generales conservan su función interpretativa.

44 Con esta posición https://actualidadlaboral.com.ve/seccion/detalles/que-necesitaran-los-europeos-para-trabajar-en-reino-unido-luego-del-brexit

tensar el ambiente político y social en el RU y para fomentar el euroescepticismo. Lo cierto es que no estaba muy errado el presidente francés De Gaulle cuando vaticinó que el RU podría cambiar y alterar la política europea. Si nos situamos en la fecha presente, lo cierto es que, tras cinco años de intensas y acaloradas negociaciones, se ha logrado un Acuerdo entre Bruselas y Londres, sin embargo, la desconfianza late en el ambiente y ambas partes seguirán vigilantes para que se cumpla lo pactado. Se podría señalar que las incertidumbres no se han despejado y que se sigue negociando en un entorno confidencial en el que se sigue debatiendo sobre la relación futura, especialmente para el caso concreto de la relación de Gibraltar. La máxima preocupación en este contexto es garantizar los derechos de las personas que se mueven por el territorio de la Unión y del RU. Luego, contamos con una serie de acuerdos de mínimos que tendrán que seguir siendo revisados, y que viene a sentar las bases de la relación entre el RU y la UE, por tanto, su desarrollo seguirá en fase de supervisión constante.

El Acuerdo de Comercio y de Cooperación supone sin duda un paso muy importante de cara a tratar de paliar los derechos de los trabajadores afectados por el Brexit. Además, de una primera lectura nos sugiere que es una copia o una adaptación del Reglamento 883/2004, sin embargo, como se ha puesto de manifiesto en este Acuerdo se vienen a descafeinar determinadas prestaciones, sobre todo las no contributivas.

Sea como fuere, es importante considerar que tendremos que seguir estudiando quienes investigamos este hito histórico que ha marcado el devenir de la UE. Se puede decir que por ahora contamos con una base de entendimiento que podría marcar los elementos fundamentales de otros acuerdos. Con esta disertación se pretende subrayar que los académicos estamos pendientes de la plasmación de ese acuerdo y del impulso definitivo del legislador. Téngase muy presente que el Acuerdo de Comercio y de Cooperación permite la celebración de acuerdos bilaterales y multilaterales que regulen determinadas materias, siempre que se celebren conforme a las indicaciones dadas en el Acuerdo de Cooperación.

Por su parte, España ha empezado a realizar los deberes con el Real Decreto Ley 38/2020 de 29 de diciembre que trata de adaptar el ordenamiento jurídico español a la situación generada por el Brexit. Para España será muy importante la situación definitiva que se regule y que se mantenga con Gibraltar.

LA MIGRACIÓN Y EL IMPACTO EN LA SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO EN EL PERÚ

Un problema que se agudiza en tiempos de Pandemia

KARLA GIAMNINA CÁNOVA TALLEDO

Abogada por la Universidad de Lima. Magister en Occupational Safety and Health por la Universidad de Torino – Italia. Egresada de la Maestría de Relaciones Laborales de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Especialista en Derecho del Trabajo por la Universidad de Sevilla-España. Actualmente se desempeña como docente en la Universidad de Lima y en la Escuela de Postgrado de la UPC. Asesora en la Organización Panamericana de la Salud OPS/OMS. Ex Directora de Seguridad y Salud en el Trabajo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social (SPDTSS) y de la Sociedad Peruana de Salud ocupacional (SOPESO). Directora Ejecutiva de la Secretaría Administrativa Permanente de la Asociación Latinoamérica de Salud Ocupacional –ALSO.

ABSTRAC: In recent times the world has been going through a series of changes motivated by the appearance of various phenomena that impact labor relations such as technological innovation, nanotechnology, climate change and the appearance of new biological risks such as SARV COV2 that lead to that labor migration increases in search of better opportunities and working conditions in which health and safety intervene. Therefore, this research article presents the context of migrants, as well as the working conditions that are maintained in the different sectors and their impact on safety and health, as well as presents some proposals for public policies that lead to improve this decent work situation.

KEYWORDS: Migrants / working conditions / health and safety / public policies.

INTRODUCCIÓN

En el actual contexto de Pandemia los países han sido objeto de diversos fenómenos sociales entre los que se encuentra, la migración. En esta línea, el Perú no ha sido la excepción, por lo que en la actualidad se mantiene un alto índice de migración laboral, principalmente por fuerza de trabajo proveniente de países como Colombia, Venezuela, Estados Unidos, Ecuador, Argentina y Bolivia que se desarrollan predominantemente en el mercado formal e informal. A manera de ejemplo, tenemos el caso de extranjeros venezolanos que según la Planilla electrónica – octubre 2020 del Ministerio de Trabajo y Promoción del empleo, mantenemos 50,248 trabajadores venezolanos dentro del sector formal, lo que denota una importante participación en la economía del país.

Estos indicadores muestran además, que el grueso de los migrantes en Perú vienen desarrollando sus actividades principalmente en el sector, comercio, servicios (hotelería/restaurantes/servicios de cuidado/domésticas) y MYPES con limitados derechos sociolaborales y precarias condiciones de trabajo lo que no se alinea a la actual Política Nacional de Seguridad y Salud contenida en el DS 018-2021-TR que mantiene el Perú.

Por lo señalado en el párrafo anterior, es importante precisar, que las políticas públicas, de nuestro país, deben estar en consonancia con la Decisión 545, Instrumento Andino de Migración Laboral, los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) 97 y 143 sobre Migración y los convenios 155 y 187 sobre Seguridad y Salud en el Trabajo atendiendo al reconocimiento de la Seguridad y Salud como Derecho Fundamental.

Por ello, el objetivo de este trabajo de investigación es visibilizar las reales condiciones de seguridad y salud de los trabajadores migrantes del sector formal e informal en los distintos sectores tanto en el marco internacional como nacional, así como el desarrollo de propuestas de mejoras para el tratamiento y fiscalización de este fenómeno migratorio que permitan determinar el real impacto que tiene en el mercado laboral del país.

I. LA MIGRACIÓN LABORAL EN EL CONTEXTO INTERNACIONAL A PROPÓSITO DE LA COVID19

Según estimaciones mundiales, realizadas por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre los trabajadores migrantes (OIT,2021), la pandemia de la COVID-19 ha tenido un impacto sin igual en la economía global y el mundo del trabajo. En esta línea, se advierte que los trabajadores migrantes internacionales en la actualidad representan un porcentaje importante de la fuerza de trabajo, y efectúan una contribución crucial a la economía de los países de destino, pues realizan actividades esenciales dentro del sector salud, transporte, servicios, agricultura y elaboración de alimentos, sin embargo, se encuentran desarrollando estas actividades en forma irregular motivado por contratos temporales, informales o carentes de protección social inminentemente expuestos a condiciones de trabajo precarias.

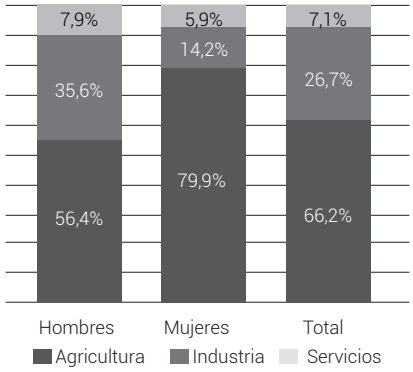
El informe de la OIT denominado "En busca de un compromiso equitativo para los trabajadores migrantes en una economía globalizada" advierte que la agricultura es un sector especial en el cual la participación de los trabajadores migrantes es predominante, siendo además uno de los tres sectores con mayor accidentabilidad. De la misma manera, detalla que existe gran incidencia de trabajo infantil que incluye a niños migrantes en condiciones de trabajo deficientes. Por su parte, la construcción es un sector con gran densidad de mano de obra migrante la cual en sus inicios era la mejor remunerada a diferencia de otros sectores, sin embargo, con la subcontratación la situación a cambiado y las condiciones de trabajo caen en la precariedad. La tendencia a la subcontratación cada vez es mayor, lo que limita el ejercicio de los derechos a la seguridad y salud y a la sindicalización. En el caso del sector servicio, se advierte que éstos van cambiando al compás del desarrollo económico y del aumento de los ingresos, por ello, la demanda de trabajadores migrantes abarca a trabajadores no calificados y hasta muy calificados.

De la misma manera, en el sector servicios, debemos visibilizar la situación de las mujeres, quienes, al ser más vulnerables, se encuentran en situaciones mas complejas motivadas por la baja calificación, por lo que son empleadas dentro de la informalidad para realizar tareas con mayor exposición al riesgo de contagio por COVID-19, el cual incluye áreas de cuidado como salud y tareas domésticas. Asimismo, se encuentran expuestas a otros riesgos relativos al acoso laboral, discriminación, hostigamiento lo que genera riesgos como los trastornos psicosociales, denominada por algunos, como la "Pandemia invisible", lo que no está siendo atendido en forma correcta de parte de los estados.

Ahora bien, según la data expuesta en el informe que mantiene la OIT respecto de los trabajadores migrantes internacionales, se tienen 169 millones de trabajadores dentro de los cuales las mujeres constituyen el 41,5% y los hombres el 58,5% de los trabajadores migrantes. Asimismo, encontramos la participación de la fuerza laboral de los migrantes, por sector, según lo siguiente:

Cuadro 1

Distribución mundial de los trabajadores migrantes internacionales, por categoría amplia de actividad económica, 2019



Fuente: Estimaciones mundiales de la OIT, sobre los trabajadores y las trabajadoras migrantes. Resultado y metodología. OIT, 2021.

De lo expuesto hasta el momento, se evidencia claramente que la migración con fines de empleo a nivel mundial, tiene ejes muy marcados respecto de las condiciones de trabajo, tanto en la participación de los hombres como de las mujeres según lo siguiente:

a. Precarización de las condiciones de empleo en uso y abuso de la mano de obra barata.

b. Las mujeres se desarrollan principalmente en el sector informal en condiciones de mayor riesgo principalmente en la industria seguida por servicios y agricultura. En el caso del sector servicios, se muestra que las mujeres se desarrollan en áreas de cuidado como el sector sanitario y atenciones domésticas sin adecuadas medidas de protección para el contagio del COVID19.

c. Las condiciones de trabajo, tanto para hombres como mujeres, en los países de destino no se alinean a las dispuestas en la normativa interna por lo que se incrementa la precarización del empleo de trabajadores migrantes.

d. Priman los problemas de discriminación e inequidades entre migrantes y nacionales.

Los ejes expuestos, evidencian que en el contexto de pandemia las políticas públicas de los distintos países del mundo para atender los derechos de los trabajadores migrantes no han ido de la mano con lo desarrollado para mitigar el impacto del COVID-19, por el contrario, se ha utilizado este fenómeno con la finalidad de utilizar la mano de obra barata (por la ausencia de calificación) para cubrir puestos de trabajo con altos niveles de exposición al contagio en los diversos sectores, especialmente en el sector sanitario con motivo de la COVID19. De la misma manera, para cubrir una nueva demanda de mano de obra con motivo del uso de la tecnología como la que deviene del uso de las plataformas digitales (rappi, uber, etc) para que la población pueda abastecerse de diversos productos sin exponerse al contagio de COVID19[1].

Ahora bien, importa precisar que la OIT mantiene dos convenios que ameritan traerse a consideración en el actual contexto:

2. El Convenio 97 que en su artículo 6 dispone a la letra, lo siguiente:

1 Este problema viene siendo atendido por diversos países como Australia y Nueva Zelanda, así como España que ha publicado recientemente el Real Decreto 9/2021 el reconoce la protección y cobertura de la seguridad y salud en el trabajo para este tipo de prestadores introduciendo la presunción de laboralidad de las actividades de reparto o distribución de cualquier tipo de producto o mercancía, cuando la empresa ejerza sus facultades de organización, dirección y control, mediante la gestión algorítmica del servicio o de las condiciones de trabajo, a través de una plataforma digital.

> Todo miembro para cual se halle en vigor el presente Convenio se obliga a aplicar a los inmigrantes que se encuentren legalmente en su territorio, sin discriminación de nacionalidad, raza, religión o sexo, un trato no menos favorable que el que aplique a sus propios nacionales en relación con las materias siguientes:
>
> a) Siempre que estos puntos este reglamentados por la legislación o dependan de las autoridades administrativas:
>
> i) La remuneración, comprendidos los subsidios familiares cuando éstos formen parte de la remuneración, las horas de trabajo, las horas extraordinarias, las vacaciones pagadas, las limitaciones al trabajo a domicilio, la edad de admisión al empleo, el aprendizaje y la formación profesional, el trabajo de las mujeres y de los menores;
>
> (....)
>
> b) La seguridad social (es decir, las disposiciones legales relativas a accidentes de trabajo, enfermedades profesionales, maternidad, enfermedad, vejez y muerte, desempleo y obligaciones familiares, así como a cualquier otro riesgo que, de acuerdo con la legislación nacional, esté comprendido en un régimen de seguridad social) (...)
>
> 2. De la misma manera, tenemos el convenio 143 sobre los trabajadores migrantes que establece en su artículo 12:
>
> Todo miembro, mediante métodos adecuados a las condiciones y a las practicas nacionales:
>
> (...)
>
> g) garantizar la igualdad de trato en materia de condiciones de trabajo a todos los trabajadores migrantes que ejerzan la misma actividad, cualesquiera que sean las condiciones particulares de su empleo.

Comoquiera que los convenios de la OIT, no están ratificados por todos los estados, brinda pautas mínimas que se deben cumplir en el marco de la protección de los derechos de todos los trabajadores migrantes, reiterando que un migrante es una persona que -en el actual contexto- a tenido que migrar a fin de obtener mejores condiciones, con lo cual los derechos que mantienen se basan en el principio de igual y no discriminación. Ambos principios forman parte de las denominadas normas imperativas del derecho internacional, cuyo carácter *jus cogens*[2] impone a los estados obligaciones erga omnes de respetarlas[3] (OIT, 2010).

2 Según el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados una norma de *jus cogens* es una norma imperativa de derecho internacional, aceptada y reconocida por la comunidad internacional como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional que tenga el mismo carácter.

3 Este deber de protección vincula a todos los Estados partes de la Comunidad Internacional, sean

Por ello, las condiciones de trabajo deben alinearse a las que mantienen los trabajadores nacionales, consecuentemente, los estados deben actualizar sus políticas públicas en búsqueda del respeto de la legislación para este sector vulnerable, especialmente las referidas a seguridad y salud en el trabajo, las que además procuran el respecto por un derecho fundamental que también impacta en las familias de estos trabajadores migrantes. La pandemia, ha dilucidado estas brechas entre migrantes y nacionales, lo que actualmente no ha sido atendido en forma eficiente por los estados y lo que resulta peor, la migración viene siendo utilizada como una de las herramientas para la reactivación de las economías.

II. LAS CONDICIONES DE TRABAJO EN TRABAJADORES MIGRANTES EN EL PERÚ

La migración laboral en el contexto de pandemia se ha incrementado por la búsqueda de mejores condiciones. Para muchos, el Perú, en estos últimos años ha tenido un crecimiento económico exponencial que, consecuentemente, permitió el incremento del empleo con buenas condiciones laborales en la mayoría de los sectores.

Por ello, para algunos la migración laboral tiene una mirada positiva, la cual fue en crecimiento con motivo de la globalización y que se agudizo en el actual contexto de pandemia. Sin embargo, para otros, la migración laboral tiene un impacto negativo e inaceptable, principalmente por el abuso y explotación motivado por el trabajo forzoso, condiciones de seguridad y salud precarias, salarios bajos, discriminación, ausencia de protección social, entre otros.

En esta línea, nos vamos a centrar particularmente en lo referido a las condiciones de trabajo, contenidas en distintas disposiciones internacionales de la OIT, pero particularmente las que atienden a la seguridad y salud en el trabajo el contexto peruano.

Como bien se advierte, en los últimos años el Perú ha sido sujeto de este fenómeno migratorio principalmente proveniente de países como Colombia, Venezuela, Estados Unidos, Ecuador, Argentina y Bolivia quienes actualmente participan del mercado. Ahora bien, con motivo de este fenómeno, la evolución de las relaciones laborales, la introducción de la tecnología en los nuevos procesos productivos, la nanotecnología, la robótica, etc, es que en el estado peruano

o no parte en los tratados internacionales.

se inicio un proceso de actualización de las diversas políticas nacionales, entre las que se encuentra la relativa a Empleo Decente, recientemente aprobada por Decreto Supremo N° 013-2021-TR y la Política Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo (PNSST), recogida en el Decreto Supremo N° 018-2021-TR la cual busca la mejora de las condiciones de trabajo así como el aseguramiento universal de riesgos laborales en protección de la fuerza de trabajo del país.

En esta línea, durante el proceso de actualización de la PSST, en el marco del análisis del problema público, se advirtió que la migración es uno de los fenómenos emergentes que conllevan a que los sistemas de gestión en seguridad y salud en el trabajo deban tener un enfoque resiliente a fin de poder enfrentar estos nuevos riesgos, optimizando los mecanismos que conlleven al cumplimiento real y eficiente de la evaluación de los riesgos en el puesto y entorno de todos aquellos trabajadores dentro de la economía formal e informal[4]. Precisar que estos nuevos enfoques, atienden también a los temas de salud mental de todos los trabajadores independientemente de la modalidad de empleo que mantengan.

Asimismo, se señala que las instituciones competentes para la fiscalización deberán actualizar sus procedimientos, innovar y ampliar sus redes a nivel nacional a fin de poder verificar el cumplimiento de las obligaciones relativas a las condiciones de trabajo, particularmente, las que atienden a seguridad y salud en el trabajo. Siguiendo la misma línea, los sistemas de notificación sobre accidentes de trabajo y enfermedades ocupacionales deben ser actualizados a fin de tener información categorizada entre hombres y mujeres, nacionalidad, entre otros, que permitan al estado conocer de una mejor manera la situación de los migrantes en el país y poder mejorar o reinventar las políticas públicas en búsqueda del trabajo decente.

Ahora bien, en la actualidad, la única información que se mantiene es la que podemos obtener del Instituto Nacional de Estadística - INEI, quien reporta que en el primer trimestre del 2021 tenemos que la población ocupada

4 Según lo dispuesto por el Art. 2 de la Ley N° 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, el ámbito de aplicación es a todos los sectores económicos y de servicios; comprende a todos los empleadores y los trabajadores bajo el régimen laboral de la actividad privada en todo el territorio nacional, trabajadores y funcionarios del sector público, trabajadores de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú; y trabajadores por cuenta propia. Asimismo, según el Art. 2 del DS 005-2012-TR, Reglamento de la Ley N° 29783, dispone que en aplicación del principio de prevención, se entienden incluidos dentro del ámbito de aplicación a que se refiere la Ley, a toda persona bajo modalidad formativa y a los trabajadores autónomos. También, se incluye a todo aquel que, sin prestar servicios, se encuentre dentro del lugar de trabajo, en lo que resulte aplicable.

crece en el sector agricultura, pesca, construcción y comercio según lo expone en el siguiente cuadro:

Cuadro 2

PERÚ: POBLACIÓN OCUPADA SEGÚN RAMA DE ACTIVIDAD
I Trimestre: 2019, 2020 Y 2021
(Miles de personas y variación porcentual)

Ramas de actividad	I Trimestre						
	2019	2020	2021 P/	Variación			
				2021/2019		2021/2020	
				Var.%	Miles	Var.%	Miles
Total	16 845.0	16 548.5	16 264.3	- 3.5	- 580.7	- 1.7	- 284.2
Agricultura	4 033.4	4 006.1	4 569.6	13.3	536.2	14.1	563.5
Pesca	70.0	75.5	93.2	33.2	23.2	23.4	17.7
Minería	191.1	191.6	173.7	- 9.1	- 17.4	- 9.3	-17.9
Manufactura	1 458.5	1 391.4	1 376.5	- 5.6	- 82.0	- 1.1	- 14.9
Construcción	985.5	1 000.0	1 155.9	17.3	170.4	15.6	155.9
Comercio	3 134.2	3 011.5	3 218.2	2.7	84.0	6.9	206.7
Servicios 1/	6 972.2	6 872.4	5 677.1	- 18.6	-1 295.1	- 17.4	- 1 195.3

1/ Incluye: Transportes y Comunicaciones. Intervención Financiera, Actividades Inmobiliarias, Empresariales y de Alquiler, Enseñanza, Actividades de Servicios Sociales y de Salud.

Fuente: Instituto Nacional de Estadística- INEI

De la misma manera tenemos, que, en el caso de los migrantes, según información que mantiene el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, se evidencian brechas en la contratación de hombres y mujeres, según lo expuesto en el **cuadro 3** y que las empresas vienen contratando bajo servicios no personales o locación de servicios a estos migrantes según lo evidencia el **cuadro 4**.

Cuadro 3

Migrantes extranjeros registrados en el Portal de Empleos Perú, por sexo y registro en la Bolsa de Trabajo. Marzo - Mayo 2021

REGISTRO EN LA BOLSA DE TRABAJO	MARZO			ABRIL			MAYO		
	Sexo		Total	Sexo		Total	Sexo		Total
	Hombre	Mujer		Hombre	Mujer		Hombre	Mujer	
NO	182	130	312	179	98	277	248	132	380
SI	435	278	713	453	257	710	646	419	1,065
Total general	**617**	**408**	**1,025**	**632**	**355**	**987**	**894**	**551**	**1,445**

Fuente : Empleos Perú - MTPE
Elaboración: Dirección de Seguridad Social y Migración Laboral - MTPE

Cuadro 4

Postulaciones de Migrantes extranjeros intermediados en el Portal de Empleos Perú, por tamaño de empresa y actidad económica. Marzo - Mayo 2021

Actividad económica	MARZO					ABRIL					MAYO				
	Tamaño de empresa				Total	Tamaño de empresa				Total	Tamaño de empresa				Total
	Grande	Mediana	Pequeña	Sin información		Grande	Mediana	Pequeña	Sin información		Grande	Mediana	Pequeña	Sin información	
Agricultura, ganaderia, silvicultura y pesca	2		1		3	10				10	12	2	1		15
Comercio	49	13	18		80	43	8	31		82	24	6	7		37
Construccion	1				1	1		1		2	6				6
Industria de bienes de consumo	13	6	8		27	32	4	3		39	65	11	12		88
Industria de bienes intermedios y	17				17	14	12	7		33	26	5			31
Mineria	5				5	7				7	21	1			22
Servicios no personales	**112**	**8**	**51**		**171**	**113**	**9**	**61**		**183**	**212**	**17**	**80**		**309**
Servicios personales	3		11		14	9		21		30	17		13		30
Sin información			**10**	**112**	**122**	**6**		**11**	**166**	**183**	**1**		**14**	**176**	**191**
Total	**202**	**27**	**99**	**112**	**440**	**235**	**33**	**135**	**166**	**569**	**384**	**42**	**127**	**176**	**729**

Con los indicadores que se exponen, la contratación bajo servicios no personales, además de evidenciar las inequidades ante el reconocimiento de los derechos sociolaborales, pone en manifiesto que estos migrantes no vienen teniendo un adecuado tratamiento de las condiciones de trabajo, pero aun, en los temas relativos a la seguridad y salud en el trabajo no se tiene mayor registro. Un supuesto más, de cara a demostrar la necesidad de mejorar este problema, se encuentra en la situación de las mujeres migrantes, quienes se encuentran principalmente: i) prestando servicios en el sector sanitario con un mayor de exposición de contagio; ii) realizando servicios domésticos sin el adecuado reconocimiento de las condiciones laborales según lo dispuesto en la Ley N° 31047. De la misma manera resulta inexistente el ejercicio del derecho a la libertad sindical y del derecho de negociación, lo que es de suprema importancia para los trabajadores migrantes. Recordar que los trabajadores migrantes habitualmente se encuentran bajo contratos temporales, servicios no personales o dentro del mercado informal, asimismo tienen restricciones legales para ser responsables sindicales, en suma existen muchas limitaciones para poder hacer respetar sus derechos específicamente los relativos a condiciones laborales.

Es por ello, que resulta imperioso que se mejoren las políticas publicas que atiendan este fenómeno migratorio que conlleva a un nivel desigualdad, al incremento de las condiciones precarias de trabajo que vulneran los derechos de las personas que prestan su fuerza de trabajo[5].

De todo lo anterior, se advierte que el país requiere reforzar muchos aspectos y para ello, resulta fundamental elaborar una política migratoria laboral en virtud de los Convenios 143 y 97 de la OIT y la Decisión 545, Instrumento Andino de Migración Laboral, que dispone en su art. 10, lo siguiente: "Se reconoce el principio de igualdad de trato y de oportunidades a todos los trabajadores migrantes andinos en el espacio comunitario. En ningún caso se les sujetará a discriminación por razones de nacionalidad, raza, sexo, credo o condición social u orientación sexual". De la misma manera, corresponde que esta política migratoria laboral sea consecuente con la Decisión 584, Instrumento Andino de Seguridad y Salud

5 Cabe anotar, que en el marco de las políticas públicas, en aras de mejorar las condiciones de la población vulnerable, como los migrantes, desde el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, se trabajan programas en coordinación con la Organización Internacional del trabajo OIT, tales como "Emprende Seguro" cuya finalidad es fortalecer las capacidades empresariales de peruanos y migrantes, lo que permite a través de la sensibilización trasladar, además, los derechos de los trabajadores entre las que se encuentran lo relativos a seguridad y salud en el trabajo.

en el Trabajo, el cual contempla que los Sistemas Nacionales de Seguridad y Salud en el trabajo de los países miembros deben propiciar el mejoramiento de las condiciones de seguridad y salud en el trabajo, a fin de prevenir daños en la integridad física y mental de los trabajadores que sean consecuencia, guarden relación o sobrevengan durante el trabajo[6].

III. POLÍTICAS PÚBLICAS PARA MIGRANTES EN EL ACTUAL CONTEXTO.

En el caso del Perú, se cuenta con una Política Nacional Migratoria 2017-2025 contenida en el DS 015-2017-RE la cual tiene como fin establecer los principales objetivos y lineamientos para responder a los desafíos que conlleva la creciente decisión de millones de peruanas y peruanos de migrar a otras sociedades y la de los ciudadanos y las ciudadanas de todo el mundo que, atraídos por el desarrollo de nuestro país, migran hacia el Perú buscando nuevas oportunidades. Dichos lineamientos contemplan enfoques de derechos humanos, inclusión social, integralidad, intersectorial e intergubernamental, intercultural y **de protección, asistencia y orientación al migrante. Asimismo, contempla entre los principios el de igualdad y no discriminación.** Estos últimos aspectos convergen en el diseño de políticas públicas y buenas prácticas en protección de este sector vulnerable, sin embargo, no se advierte un objetivo específico prioritario que atienda aspectos laborales de los migrantes.

Como ya se advirtió en el punto referido a las condiciones laborales de los trabajadores migrantes en el Perú, resulta fundamental contar con una Política Migratoria Laboral, la cual contenga un capítulo específico laboral que a su vez tengan lineamientos referidos a las condiciones de trabajo, específicamente en seguridad y salud en el trabajo, que si bien en la actualidad tenemos una Ley N° 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo y un reglamento contenido en el DS 005-2012-TR, resulta de aplicación transversal a todos los trabajadores independientemente de las modalidades de contratación.

Sin embargo, se debe procurar ir mas allá en el caso de los trabajadores migrantes, toda vez, que los supuestos son diferenciados considerando que en muchos casos son contratados para realizar trabajos riesgosos o insalubres para lo cual no les alcanzan las disposiciones contenidas en el DS 003-97-SA, sobre la

6 Los referidos instrumentos andinos son resultado de los acuerdos adoptados por los países de la Comunidad Andina de Naciones (CAN) organismo que destaca la importancia de la gestión migratoria para lograr el desarrollo de la región a partir de su integración.

contratación del seguro complementario de Trabajo de riesgo, mas aun, cuando estamos en supuestos de informalidad. Por ello, resulta importante impulsar el diseño de la política laboral migratoria a fin de incorporar este componente de condiciones de trabajo en la Política Nacional de Migración, lo que conlleva al cumplimiento de las normas de seguridad y salud y, consecuentemente procura el aseguramiento universal de riesgos laborales en el país a fin de cumplir los principios rectores como es el de la prevención de riesgos laborales, el de protección y gestión integral de la salud a favor de este sector de trabajadores vulnerables.

Ahora bien, para lograr lo anterior, resulta necesario que los responsables de formular estas políticas procuren encontrar el equilibrio entre un marco de control y un enfoque laboral a la gestión de la migración en que los derechos humanos sea un componente fundamental (OIM, 2010). En esta línea, de la investigación realizada se tienen que las políticas que gestionen las migraciones laborales deben tener un enfoque de derechos incorporando el dialogo social, mejorar los servicios de información y formación sobre el proceso migratorio, la importancia de los principios de igualdad y no discriminación, el involucramiento de los centrales sindicales de los países receptores, información específica sobre condiciones de trabajo, seguridad social, asesoría legal gratuita, fortalecimiento de la inspección del trabajo con énfasis en las condiciones de trabajo de los migrantes, fortalecer la generación de propuestas de políticas públicas en materia de migraciones laborales desde centrales sindicales ante las instancias de dialogo social como es el Consejo Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo (CONSSAT).

IV. CONSIDERACIONES FINALES

A lo largo del presente artículo de investigación se ha hecho referencia a los problemas que presenta la migración laboral específicamente desde la perspectiva que atienden a las condiciones de trabajo enmarcada en los riesgos de los diversos puestos de trabajos que ocupan los trabajadores migrantes.

Asimismo, queda evidenciado que en los distintos sectores económicos, los trabajadores migrantes prestan servicios que implican actividades riesgosas (incluida la modalidad de prestación de servicios bajo plataformas con motivo del COVID19) en condiciones precarias que requieren especial atención de parte del estado y para ello, resulta fundamental el diseño de una política laboral migratoria, en consonancia con la Decisión 545, Instrumento Andino de

Migración Laboral y alineado a las Políticas Nacionales de empleo decente y de Seguridad y Salud en el Trabajo, que contenga lineamientos que atiendan los referidos a las condiciones de seguridad y salud considerando la transversalidad de la Ley N°29783, Ley de seguridad y salud en el trabajo y desarrollando aspectos puntuales que atienden a riesgos emergentes como es el de políticas sobre el tratamiento de la salud mental de los trabajadores migrantes.

Entre otros de los aspectos tenemos que resulta imperioso reconocer la importancia de la ratificación de los convenios internacionales 97 y 143 sobre Migración, así como, los convenios internacionales 155, 187 y 161 de la Organización Internacional del Trabajo.

Desde la mirada de la seguridad y salud en el trabajo, se concluye que hay dos aspectos medulares en los que se debe enfatizar: i) implementación de sistemas de gestión de seguridad y salud en las organizaciones resilientes con especial enfoque en las MYPES a fin de atender las condiciones de los puestos y entornos de trabajo de los trabajadores migrantes; ii) la vigilancia de la salud de los trabajadores migrantes y sus familias.

La sensibilización de los trabajadores migrantes juega un rol fundamental en el reconocimiento de sus derechos en materia de condiciones de trabajo, así como de los mecanismos que tengan para hacer llegar sus reclamos ante las instancias de dialogo social. La participación de las centrales sindicales de los países receptores es medular en todo este proceso de articulación.

Fomentar que los sistemas de gestión de seguridad y salud en el trabajo sean resilientes y mantengan enfoques de género e interculturalidad con la finalidad que se generen puestos de trabajo seguros y saludables para estos trabajadores.

La mejora en la fiscalización y supervisión en las entidades privadas y publicas a fin de velar por las condiciones de trabajo de los migrantes en todo el ámbito nacional. Para ello, resulta imperioso el desarrollo y uso de tecnología a fin de que se tengan procedimientos y atención de denuncias eficientes que permitan conocer las reales condiciones de trabajo de este grupo de trabajadores.

Finalmente, debemos reconocer que la fuerza laboral de los migrantes contribuye con la economía nacional y corresponde que el estado reconozca sus derechos y busque condiciones laborales en protección de la salud y seguridad como objetivo en el marco del trabajo decente.

V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

OIT. Estimaciones mundiales de la OIT sobre los trabajadores y las trabajadoras migrante. Resultados y metodología. Tercera Edición. 2021. Obtenido en: https://www.ilo.org/global/topics/labour-migration/publications/WCMS_808941/lang--es/index.htm

OIT. Reunión tripartita sobre la mejora del empleo y las condiciones de trabajo en el ámbito de los servicios de salud. 2017. Recuperado de https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/sector/documents/meetingdocument/wcms_553111.pdf

OIT. Conferencia Internacional del Trabajo, reunión 92, 2004. En busca de un compromiso equitativo para los trabajadores migrante en la economía globalizada. Obtenido en: https://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc92/pdf/rep-vi.pdf

OIT. La OIT y los trabajadores migrantes. Nota de prensa.2006. Obtenido en: https://www.ilo.org/americas/sala-de-prensa/WCMS_LIM_295_SP/lang--es/index.htm

OIT. Nota de Políticas. Políticas Nacionales de empleo para una recuperación inclusiva e intensiva en empleo de la crisis de la COVID19.2020. Obtenido en: https://www.ilo.org/employment/Whatwedo/Publications/policybriefs/WCMS_764503/lang--es/index.htm

OIT. Perspectivas Sociales y del Empleo en el Mundo. El papel de las plataformas digitales en la transformación del mundo del trabajo. 2021. Obtenido de: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/--dcomm/documents/publication/wcms_771675.pdf

OIT. En busca de un compromiso equitativo para los trabajadores migrantes en la económica globalizada.2004. Obtenido en: https://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc92/pdf/rep-vi.pdf

OIM. Políticas Publicas sobre Migración Laboral. Herramientas y buenas prácticas. 2010. Obtenido en: https://publications.iom.int/system/files/pdf/buenas_practicas.pdf

OIT. Plan Intersindical para las migraciones laborales. 2010. Obtenido en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_178457.pdf

KONRAD ADENAUER STIFTUNG. Conversatorio Políticas. Migración y empleo en tiempos de pandemia. 2020. Obtenido en: https://www.kas.de/documents/269552/0/Migraci%C3%B3n+y+empleo+en+tiempos+de+pandemia.pdf/cbd7ad10-6a3a-fb93-3f7e-2b8452bb1250?version=1.0&t=1610491718555

THE NETWORK CONTRACT: AN INSTRUMENT TO CONTRAST LABOUR EXPLOITATION IN AGRICULTURE. THE ITALIAN CASE*

CHIARA CRISTOFOLINI

Postdoctoral Research Fellow in Labour Law at the Law Faculty of the University of Trento. Ph.D. cum laude in Comparative and European Legal Studies, Curriculum "Substantive and Procedural Labour Law" at the Law Faculty of the University of Trento.

VINCENZO CANGEMI

Is currently a postdoctoral Research Fellow in Labour Law at the Law Faculty of the University of Trento. He holds a Ph.D. in International Law, Private Law and Labour Law at the University of Padua. Then, he was postdoctoral Research Fellow in Labour Law at the University of Modena. In 2018 he was awarded the prize Marco Biagi for the best doctoral thesis in Labour Law and Industrial Relations organized by Italian Ministry of Labour and Social Policies and Adapt Association.

ROBERTO PETTINELLI

Is currently a postdoctoral Research Fellow in Labour Law at the Law Faculty of the University of Trento. He holds a Ph.D. in Labour Law and Industrial Relations at Università Cattolica in Milan. Then, he was postdoctoral Research Fellow in Labour Law at the Ca' Foscari University in Venice. In 2018 he was awarded the prize Francesco Santoro-Passarelli for the best doctoral thesis in Labour Law organized by AIDLASS Association.

* The paper is part of the project "FARM – FILIERA DELL'AGRICOLTURA RESPONSABILE (CUP B38D19004710007) and it is the result of a common discussion; however, the author of § 1, 3, 4 and 5 is Vincenzo Cangemi, the author of § 2 and 2.1 is Roberto Pettinelli. The § 6 has been object of joint writing.

ABSTRACT: The paper, after investigating the criticalities of the agro-food chain that make illegal gang-master trade ("caporalato") a coessential phenomenon to the survival of the agricultural enterprise on the market in the face of the negotiating dominance of the large-scale retail trade (GDO), illustrates the prospects and potentialities of the use of network contract as a tool to contrast the informal economy. Co-employment (Codatorialità), in fact, allowing companies to share the cost of labour in return for a joint employment, seems a tool susceptible to combat the serious labour exploitation much more than the criminal sanction policies, even in light of the low effectiveness of the Quality Agricultural Work Network.

KEYWORDS: Labour exploitation - Network contract - Co-employment.

1. INTRODUCTION. THE ITALIAN CONTEXT

In Italy can be found widespread forms of labour exploitation and illegally recruiting labour for a long time, just think that the first law that introduce tools to fight abuses perpetrated by gangmaster dates to the early last century. What changed over the years were, above all, the victims of this silent drama that rages in the countryside: in the past they are Italian citizens, today they are mainly foreign workers[1]. Despite several parliamentary inquiries[2] and subsequent legislative reforms[3], the problem of illegal gang-master trade (so called caporalato) and labour exploitation is, with varying degrees of severity, still firmly rooted in the country.

The serious epidemiological crisis caused by the spread of the Sars-Cov-2, more recently, has led to a worsening of the already precarious conditions of migrant workers trough «an exponential increase of the working activity with the consequent decrease, for example, of the break time, the general lengthening of

1 Perrotta, "Vecchi e nuovi mediatori. Storia, geografia ed etnografia del caporalato in agricoltura", in *Mer. Riv. Stor. Sci. Soc.*, 2014, 193 ff.; Chiaromonte, "«Cercavamo braccia, sono arrivati uomini». Il lavoro dei migranti in agricoltura fra sfruttamento e istanze di tutela", in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2018, 338 ff.

2 The most recent one ended on 12th may 2021 by issuing a document approved by the joint parliamentary committees XI (private and public labour) and XIII (Agriculture) on the phenomenon of illegal gang-master trade (caporalato) in agriculture.

3 Sgroi, "Utilizzo interpositorio illecito della manodopera: le misure di contrasto", in *Riv. Dir. Sic. Soc.*, 2018, 95 ff.

the daily working time, the increase of the risk of even serious accidents»[4]. The problems have regarded also health and safety issues related to the preventive measures implemented against Covid-19, considering the failure to delivery personal protective equipment to workers and the precarious conditions of the housing provided by the employer which did not allow respect for social distancing[5].

It is possible to define the illegal gang-master trade (caporalato) as an «illicit system of recruiting and exploitation of labour by illegal intermediaries (caporali) who recruit the workforce» for third parties. Workers recruited in this way are quite often subjected during the employment relationship to degrading working and living conditions, in breach of the provisions on working time, pay and social contributions, health and safety at work[6]. This phenomenon is favoured by the intrinsic characteristics of agricultural work which constitute an important risk factor. The seasonal and temporary nature of the harvest time makes work precarious and the workers easily blackmailed, because they are bound to accept heavy and degrading working conditions in order to have a job. The need to save time in order to avoid the deterioration of products and to reduce the costs related to this production phase has an impact on the productive rhythms and methods of remuneration (es. piecework pay). At the same time, due to the seasonality of agriculture, migrants are pushed to move periodically throughout the territory, following the trend of crops, to ensure their livelihood. This situation clashes, however, with the «institutional and welfare system that rewards the permanence» of the foreign citizen for the access to social rights. This forced mobility of migrant workers is therefore a further factor of vulnerability, because it «undermines the guarantee of the rights relating to requests and renewals of residence permits, to registration in the health register, as well as access to judicial protection»[7].

4 Omizzolo, "Sfruttamento, caporalato e lavoratori migranti in agricoltura al tempo del Covid-19", in IDOS, Dossier statistico immigrazione 2020, 2020, 288 ff.

5 Camera dei deputati, Documento approvato dalle commissioni riunite XI (Lavoro pubblico e privato) e XIII (Agricoltura) a conclusione dell'indagine conoscitiva sul fenomeno del cosiddetto «caporalato» in agricoltura, in https://documenti.camera.it/_dati/leg18/lavori/documentiparlamentari/IndiceETesti/017/009/INTERO.pdf, 2021, 26 (Last access 09.06.2021).

6 Ministero del lavoro e delle politiche sociali, "Piano triennale di contrasto allo sfruttamento lavorativo in agricoltura e al caporalato 2020-2022", in https://www.lavoro.gov.it/temi-e-priorita/immigrazione/focus-on/Tavolo-caporalato/Documents/Piano-Triennale-post-CU.pdf 2020, 4 (last access 06.06.2021).

7 Schiuma, "Sfruttamento e (in)sicurezza nel lavoro agricolo degli extracomunitari, in Calafà, Ia-

The presence of such vulnerable, low-skilled and powerless workforce, which is predominantly foreign, represents an attractive pool of low-cost employees for businesses, since it enables them to discharge the effects of competition on prices to the workers[8].

The expansion of this method of recruitment and employment of labour in the agricultural sector can be explained, in the current economic context characterized by the globalization of markets, by the market needs of the large retail chains and the agri-food industry, which determine a fierce downward competition in prices and exhausting productive rhythms required to respond effectively and promptly to the demand of goods[9]. It is just the dynamics of the agri-food chain that push agricultural enterprises to keep labour costs as low as possible, by ensuring pay below the minimum wage, and to offer degrading working conditions[10]. The latter have «little bargaining power» and are unable to affect the pricing of agricultural products due to structural factors such as small size, fragmentation and lack of innovation, as well as other factors more closely linked to the specific characteristics of agricultural production, like the nature of the product or the unpredictability of the harvest in quantitative and qualitative terms[11]. Consequently, the only way to preserve their profitability become the downward of labour costs.

For this reason, after a brief analysis of the instruments adopted at any level to prevent and to contrast labour exploitation in agricultural sector by the legislator, it will be appropriate to develop a reasoning on the network contract, as a tool able, on the one hand, to strengthen the position of agricultural enterprises in the market, by improving their productivity and organizational efficiency,

---

vicoli, Persechino (a cura di), Lavoro *in*sicuro. Salute, sicurezza e tutele sociali dei lavoratori immigrati in agricoltura, 2020, 156.

8 Faleri, "Il lavoro povero in agricoltura, ovvero sullo sfruttamento del (bisogno) di lavoro", in *Lav. Dir.*, 2019, 150-151.

9 De Angelis, "Il lavoro irregolare dei braccianti immigrati. Profili critici e azioni di contrasto", in D'Acunto, De Siano, Nuzzo (a cura di), In cammino tra aspettative e diritti. Fenomenologia dei flussi migratori e condizione giuridica dello straniero, 2017, 406; Canfora, "Le regole del gioco nelle filiere agroalimentari e i riflessi sulla tutela del lavoro", in *Agriregionieuropa*, 55, 2018.

10 Pinto, "Rapporti lavorativi e legalità in agricoltura. Analisi e proposte", in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2019, 12-13.

11 Tarangioli, "Le filiere agroalimentari in Italia fra spinte competitive, innovazione e processi inclusivi", in Zumpano (a cura di), Migrazioni, agricoltura e ruralità. Politiche e percorsi per lo sviluppo dei territori, 2020, 88.

and, on the other hand, to avoid to the inherent temporary and cyclical nature of agricultural work.

2. THE INSTRUMENTS TO PREVENT AND COMBAT GANGMASTERING AND LABOUR EXPLOITATION. IN SEARCH OF A "FAIR PRICE" FOR THE SALE OF AGRO-FOOD PRODUCTS

The agricultural entrepreneur, defined according to the provisions of art. 2135, paragraph 2 of the Civil Code in relation to the care of the biological cycle or a phase of it, is presented by the following paragraph 3 in relation to the ability to place itself on the market both through the manipulation, preservation and processing of products and, of course, their commercialization. Because the relationship between the activities of modification of agricultural products and commercialization is not indispensable, commerce - an elementary form of exchange for the obtainment of income and, therefore, profits - also refers to exclusively harvested products. It is thus established, within the wider principle of freedom of enterprise protected by art. 41 of the Constitution, a deep connection between agricultural activity, productive organization and market.

Agricultural products, as is intuitive, take root within the circulation processes of commodities that, in our country, are essentially distinguished by types of supply chain. There are the so-called short supply chains, which promote proximity between producer and consumer or alternative disintermediation channels, including those in solidarity aimed at encouraging a critical approach to consumption (GAS - Solidarity Purchasing Groups), or based on the creation of direct fidelization processes between producers and consumers, based on the values of environmental sustainability and the defense of biodiversity (GODO - Groups organized supply and demand)[12]. However, apart from these residual forms of distribution, which do not seem to have structurally altered the market functioning (and, therefore, to have affected the recourse to "caporalato") due to their limited amplitude and incapacity to absorb the entire agricultural production, a predominant position in the relationship with the final consumers is played by the so-called long chains of the GDO (Large-scale retail trade). These are companies that, due to their diffusion on the national territory or to the fact that they belong to international chains, are able to concentrate their sales in widespread physical spaces and, therefore, require considerable quantities of

12 Paoloni, "La filiera agroalimentare «etica» e la tutela del lavoro", in *Riv. Dir. Agroalimentare*, 2020, 643 ff.

food products (fresh, processed, transformed) that they are able to find almost everywhere in the world, even in the opposite direction to the seasonality of the production. The competition in the supply of such commodities on a global level (often, non-EU) and the simple substitutability of suppliers, together with the reduced number of companies of the large-scale retail trade in the face, on the other hand, of productive companies that tend to be fragmented and in competition with each other, has therefore generated a natural position of oligopsony of the large-scale retail trade, favoring vertical bargaining phenomena[13]. In particular, these are agreements that impose, as noted by the Italian Antitrust Authority as early as 2013, «"unfair" contractual conditions, when not outright vexatious», including not only discount clauses of a commercial nature, but also clauses for «remuneration of distribution services (access fees, promotional contributions, remuneration for preferential exposure, for central services, etc.)» to which are added «discounts and contributions (so-called extra-invoice) conditioned on the achievement of specific sales objectives, events and/or promotional activities by distribution companies» or other extraordinary charges, by way of remuneration to certain general expenses incurred by the central office or by the individual chains, «such as secretarial expenses, centralisation of orders, stock management, etc.»[14].

The oligopsony of the enterprises of the GDO also benefits, upstream, from the preponderant weight of the Great Purchasing Centers (GCA – "Grandi Centrali di Acquisto"), which constitute a form of "alliance between distribution chains" functional to exploit the contractual weight of the united enterprises as a result of the aggregation of the overall level of the orders to obtain "cost savings in the phase of purchase of the goods through the collective negotiation with the suppliers" of distribution framework agreements, functional to fix the general conditions of the contracts that, then, will be signed directly between the suppliers and the enterprises affiliated to the GCAs[15].

It is with reference to this reality, which has developed predominantly as a result of a liberalization policy inaugurated by the Italian legislator in 1998 (with legislative decree no. 114 of 1998). 114 of 1998) - to which a regulation

13 Costantino, "L'integrazione verticale per contratto nel settore agroalimentare: fattispecie giuridica e disciplina applicabile", in *Contr. Impr.*, 2013, 1448 ff.

14 Agcm (*id est*, Italian Antitrust Authority), "Indagine conoscitiva sul settore della GDO – IC43", 2013, 4.

15 Agcm, "Indagine", op. cit., 85 ff.

of competition has not corresponded, until late, in the EU - that the structural unbalances within the Italian agro-food chain have affected not only agricultural producers, but also the industrial processing companies (which, however, formed an essential alternative recruitment channel for the first ones), which have seen their profit margins reduced, sometimes even below the average costs of production, even due to the rise of private label products, which allow the companies of the GDO to dominate the chain imposing to the undertaking producing the price of the product and, therefore, marginalizing the profits of the them on the products purchased[16]. Obviously, this is not a phenomenon exclusively affecting Italy, but a condition that covers the entire European Union market, albeit with different nuances. Since 2008, the European Commission, committed to finding the reasons for an unexpected fluctuation in agricultural product prices, has found that the unequal bargaining power within the food chain is the main reason for the lower profit margins of producers, especially small ones[17]. This led to the issuance, first, of a EU Regulation (no. 261 of 2012) regarding the milk and dairy sector and, a year later, of a EU Regulation (no. 1308 of 2013) regarding all contracts for the sale of agricultural products, which contain principles for regulating the agricultural competitive market, on the one hand, linked to the contents of the agreements and, on the other, aimed at encouraging the aggregation of undertaking producing into associations or organizations of producers to strengthen their contractual position. However, it must be said that the absence of any provision designed to allow for a check on the reasonableness of the exchange (because the Regulations described above are more oriented towards prescribing the mandatory written form of the agreements, although at the discretion of the Member States) has, in fact, only apparently constituted a protective rule for suppliers, who are only formally guaranteed in terms of knowledge of the conditions of the agreement and by a minimum duration of the agreement. However, despite the fact that art. 42 TFEU allows the European legislator to derogate from the general rules on

16 Ismea, "Rapporto sulla competitività dell'agroalimentare italiano", luglio 2018, in www.ismea.it

17 Commissione europea, Comunicazione "I prezzi dei prodotti alimentari in Europa", COM(2008) 821; Id., Comunicazione sul "Migliore funzionamento della filiera alimentare in Europa" del 28 ottobre 2009; which was followed by Id., Comunicazione su "Affrontare le pratiche commerciali sleali nella filiera alimentare tra imprese" del 15 luglio 2014; Id., "Relazione sulle pratiche commerciali sleali nella filiera alimentare tra imprese" del 29 gennaio 2016; e la Risoluzione del Parlamento europeo del 7 giugno 2016 sulle pratiche commerciali sleali nella filiera alimentare (2015/2065(INI)).

competition between companies in the agricultural sector[18], the conditions of the agreement are left to the free functioning of the market[19]. Also following the implementation of the previous legislation in the face of the issuance of Regulation no. 2393 of 2017 (so-called Omnibus Regulation)[20], then, the same convenience for producers to associate or organize themselves has ended up stopping in front of the persistent prohibition, present in art. 209 Reg. no. 1308 of 2013, to conclude agreements that establish identical prices. This has nullified the aggregative intent (at least in relation to supply agreements) and to favor, rather, a revival of competition on the market based on the reduction of labour costs (and therefore the ability to offer commodities at lower prices).

If we then consider how the absence of any sanctioning requirement established at European level – which has left individual EU countries with discretionary powers regarding forms of protection for producers (civil, administrative, etc.) – has contributed to the fragmentation of the European market with consequent effects on competition[21], it can be understood how, as agricultural entrepreneurs are captivated by the oligopsonistic commercial practices of large-scale distribution companies. Consequently the use of flexible and underpaid labour has proved to be an elementary (and at times indispensable) factor for agricultural companies to manage the strong competitive pressure and the need, deriving from the value production chain, to increase the otherwise narrow profit margins[22]. The high-cost of regular labour contract has an impact, in fact, on the cost of production but, due to the characteristics of the commercial relationship between the parties, the reduced market scenarios and the low profitability of products, an increase in the price charged for the supply cannot be generated[23]. This situation encourages a race to the illegal labour in order to fill the tendency

18 Jannarelli, Profili giuridici del sistema agro-alimentare e agro-industriale. Soggetti e concorrenza, 2016, 117 ff.

19 Cfr. Russo, "Le pratiche commerciali scorrette nella filiera agroalimentare tra diritto UE e diritto interno", in *Riv. Dir. Agroalimentare*, 2020, 406 ff.

20 Su cui Jannarelli, "Dal caso "indivia" al regolamento omnibus n. 2393 del 2017: le istituzioni europee à la guerre tra la PAC e la concorrenza?", in *Riv. Dir. Agroalimentare*, 2018, 109 ff.

21 Nonostante le indicazioni della Commissione europea nel "Libro verde sulle pratiche commerciali sleali nella catena di fornitura alimentare e non alimentare tra imprese in Europa" del 31 gennaio 2013.

22 Pinto, "Filiere agro-alimentari e agro-industriali, rapporti di produzione agricola e lavoro nero", in V. Ferrante (a cura di), Economia 'informale' e politiche di trasparenza. Una sfida per il mercato del lavoro, 2017, 91 ss.; Faleri, "Il lavoro povero", op. cit., 150-151

23 Paoloni, "La filiera", op. cit., 647 ff.

of reduced marginal revenues that derive from the commercialization of agricultural products (especially unprocessed) within the supply chain.

In short, given the downward competition on agricultural products, agricultural enterprises inevitably tend to rely on "caporali" (illegal intermediaries) and undeclared workers in the obvious knowledge that the number of them and the low salary, within a supply-chain of virtually slave labour, is capable of favoring profit margins on the product unit value and increase, therefore, the final profits. In this context, as far as the European Union has been interested in labour issues only insofar as they have a direct or reflected impact on competitiveness, in its most recent initiatives, the law of the Union seems to have gathered around the negative effects that unfair commercial practices carried out downstream in the chain, in the relationship with the companies of the large-scale retail trade, reflect on the other links of the chain (the weakest), a much broader attention than in the past, moving at the base of a new intervention on unfair commercial practices in the business-to-business relationships in the agricultural and food chain (the Directive no. 633 of 2019) the consideration that they are susceptible to reverberate "in cascade" on the subsequent links of the food-chain, since the party who suffers them will inevitably try to unload the harmful effects on their contractual partners, until forcing the last link, the primary producers, to take charge of it taking advantage, in turn, of the physiological condition of weakness, in fact, of workers (Recital 7)[24]. The spirit of impunity which seems to have characterized the relationships between companies operating in the agro-food chain and which was favored by the lock-in in which the producing companies were bound (not having negotiating power unless with the risk of upsetting a commercial relationship very often essential for the same survival on the market) does not seem, however, to be completely destined to cease with the adoption of the directive. In fact, the model followed by the European legislator in 2019 seems to be still characterized by some rigidities, so as to have adopted, differently from what is provided for by 2005/29/EC on unfair commercial practices between companies and consumers, a principle of exhaustivity in order to prohibit only certain cases (some of which, moreover, only under certain conditions) without recurring to a general definition (and

24 Faleri, "«Non basta la repressione». A proposito di caporalato e sfruttamento del lavoro in agricoltura", in *Lav. Dir.*, 2021, 272; Jannarelli, "La tutela dei produttori agricoli nella filiera agro-alimentare alla luce della direttiva sulle pratiche commerciali sleali *business to business*", in *Riv. Dir. Agr.*, 2019, 1 ff.

therefore offering a flexible protection) of the phenomenon and without therefore providing a generalized remedy to balance the position of natural weakness of agricultural producers in the supply chain. In fact, the model followed by the European legislator in 2019 seems to be still characterized by some rigidities, so as to have adopted, differently from what is provided for by 2005/29/EC on unfair commercial practices between companies and consumers, a principle of exhaustivity in order to prohibit only certain cases (some of which, moreover, only under certain conditions) without recurring to a general definition (and therefore offering a flexible protection) of the phenomenon and without therefore providing a generalized remedy to balance the position of natural weakness of agricultural producers in the supply chain.

Therefore, in this perspective, the elision of caporalato (which, in the end, is nothing more than an act of unfair competition against competing companies that respect law) remains entrusted to a gamble on the future, having been overlooked so far by the legislator that the use of irregular labour will be a structural phenomenon of the agro-food and agro-industrial sector as long as it does not constitute an economically inconvenient practice for agricultural companies.

2.1. Unfair commercial practices in the supply chain and and illegal gangmaster trade

It cannot be overlooked, to tell the truth, that the Italian legislator had not been idle waiting for the issuance of the European Regulation, so much as to have anticipated the problems through the adoption of some rules aimed at encouraging the integrated management of the supply chain, but with an approach that has shown a limited integrated vision of the relationship between the economy of the supply chain and caporalato. This circumstance, symptomatic of a possible genetic deficiency in the structuring of policies to combat labour exploitation in agriculture, is reflected both in the forms of regulation of bargaining relationships within the supply chain provided by Legislative Decree no. 102 of 2005, and in the forms of protection against unfair trade practices introduced by 2012.

From the first point of view, the structural recourse to irregular forms of work is partly due to the choice of the domestic legislator to promote fair trade relations within the supply chain, either through the involvement of the most representative bodies at national level in the sectors of production, processing,

trade and distribution of agricultural and agro-food products (art.9, legislative decree no. 102 of 2005) and through the stipulation of framework agreements (art. 10), but in an essentially voluntary perspective and, as such, unable to be applied to vertical integration contracts to unrelated third parties and, in any case, without an adequate consideration of the forms of protection for the weaker parties[25].

The problems mentioned are also found, similarly, in the regulation of commercial transactions regarding the sale of agri-food products, which at the moment finds in the disharmonious discipline resulting from articles 62 of Law no. 1 of 2012 (converted with Law no. 27 of 2012, subsequently integrated with the implementing regulation of October 19, 2012, no. 199) and 10-quater of Law no. 27 of 2019 (converted with amendments into Law no. 44 of 2019)[26] the demonstration of the inadequacy of the liberal conception aimed at supporting the natural convergence of the parties on the contract fairness according to a logic of maximization of mutual benefits.

The aforementioned art. 62, although containing a discipline that is in some ways broader than the subsequent European one[27], in providing for the requirement of a written form for contracts for the sale of agricultural and food products between entrepreneurs with specific indication of the essential elements of the agreement (duration, quantity, characteristics of the product sold, delivery and payment methods) and, above all, of the price (para. 1), has indeed represented a partial response to a phenomenon characterized not so much by the vacuity of the contractual texts, but above all by the imposition of oppressive clauses that the weak parties, under penalty of leaving a market essential for the survival of the business, just cant' help but subscribe; indeed, it is a discipline incapable of directing the negotiated exchange towards objectives of fairness and justice of the contractual regulation. From this point of view, the same list of prohibited practices in commercial relations between economic operators (and therefore not only those relating to contracts for the sale of agro-food products) has proved in the long run to be completely inadequate to ward off hypotheses of exploitation

25 Costantino, "L'integrazione", op. cit., § 4.

26 Benedetti, Bartolini, "La nuova disciplina dei contratti di cessione dei prodotti agricoli e agro-alimentari", in *Riv. Dir. Civ.*, 2013, 1641 ff.; Torino, "La nuova disciplina dei contratti e delle relazioni commerciali di cessione dei prodotti agricoli e alimentari", in *Contr. Impr.*, 2013, 1425 ff.

27 Russo, "Le pratiche commerciali", op. cit., 416 ff.

by large-scale distribution companies of the economic dependence of supplier companies, although, according to the subsequent implementing decree (d. m. no. 199 of 2012), among the particularly burdensome purchasing conditions prohibited could also include those capable of determining, in contrast to the principle of good faith and fairness, prices clearly below the the average production costs (art. 4, paragraph 2, letter c).

The rationalization efforts made in 2012 have in fact shown all the limits related to the inability to adequately affect the pricing criteria for the sale of agricultural products (left to the free competitive market), given the difficulty for the Italian Antitrust Authority to find adequate parameters of comparison to assess the threshold value below which the purchase price of the product can be considered an illegal imposition.The definition of an average production price is, moreover, affected by an extreme variability of definition, since, being linked to the ability of the company to generate profits, it is affected by the size of the agricultural company, its geographical and altimetrical location, its degree of managerial and organizational efficiency, the distribution of production on one or more products, the presence of other revenues generated through different revenues (even if related) to that of the product sold. The Authority does not, after all, have the possibility of establishing, on its own, a single average cost value as a reference for all the prices paid for each product, unless it wishes to reintroduce, indirectly, a minimum price policy.

In the light of the abandonment of the CAP (Common Agricultural Policy) centered on fixing exchange prices, the Italian legislator has therefore not been able to achieve the objective which, at least ideally, it intended to pursue. The case of the dairy sector is probably one of the most paradigmatic examples, given that the daily production of milk, the trend of daily international quotations, the significant fluctuations in demand for products, both fresh and processed, have continued to have a major impact on the way the price of products is negotiated. This has favored the imposition by the processing companies of prices lower than the average production costs of the farmers, in its turn generated by the imposition of a price realized on the shelves of the large-scale retail trade equal to or lower than the total processing and distribution costs[28]. The conflict on the determination of the price has, moreover, exploded a few months after the introduction of d.l. n. 51 of 2015 concerning measures to face the serious crisis

28 Agcm, "Indagine conoscitiva sul settore lattiero-caseario", IC51.

and relaunch the dairy-milk sector. And in fact, despite the enthusiasm aroused by a specific provision aimed at establishing monthly average production costs of raw milk through the active involvement of Ismea for the purposes of the application of art. 62 cit., a strict interpretation of the Antitrust Authority has taken root in the immediate. It excluded a general prohibition for milk purchasers to apply a purchase price lower than the average production costs calculated by Ismea, which were considered as one of the elements at the Authority's disposal to evaluate whether, in the specific contractual relationship, «the industrial company has actually imposed, in contrast with the principles of good faith and fairness, a purchase price that is unjustifiably burdensome, evaluating the possible burdensomeness also on the basis of the level and trend of production costs of companies active on the market»[29]. The legislative technique used in the aforementioned decree, which has been correctly interpreted by the Guarantor, has indeed shown in the operators of the sector (as well as in the scientific community) the inability of art. 62 quoted to offer an adequate response to the demands of market regulation deriving from the structural divarication of bargaining power in the sector, as well as from cyclical market crises[30].

The tensions relating to the products price redistribution in the supply chain have thus exploded in 2019, in relation to the DOP pecorino romano food-chain, which has put a strain on the previous discipline, in the meantime extended with art. 10-quater cit. - in the wake of the generalized extension to all sectors of value-sharing clauses, capable of holding the balance of the agreement unscathed against disruptive contingencies in the market prices of the products traded or other raw material markets (art. 172-bis Regulation no. 1308 of 2013 following the amendment made by Regulation no. 2393 of 2017) - to all agricultural products, allowing to arise, in the background, a presumption of unreasonableness of the exchange such as not only to constitute, as it is stated, unfair trade practice, but also, clearly, an index of irregularity in the production

29 Agcm, "Indagine conoscitiva", op. cit., p. 120 ss. In this sense, for the Authority, «the elabourations of the Ismea can certainly be of help to the evaluation, but they must be interpreted and used together with other informative elements on the market characteristics».

30 Jannarelli, "Prezzi dei prodotti agricoli e rispetto dei costi medi di produzione tra illusioni ottiche ed effettiva regolazione del mercato: cronache amare dal Bel Paese", in *Riv. Dir. Agrario*, 2019, 576; conf. Canfora, "La filiera agroalimentare tra politiche europee e disciplina dei rapporti contrattuali: i riflessi sul lavoro in agricoltura", in *Dir. lav. rel. ind.*, 2018, 274 ff.

process of the products (with implicit repercussions on the management of labour relations) and therefore an act of unfair competition against virtuous producers[31].

It had happened that the sale price of sheep's milk in Sardinia, destined to the processing companies belonging to the Consortium of Pecorino Romano DOP had undergone a significant decrease in the last three months, settling at a level lower than the average production costs borne by farmers, calculated by Ismea in € 70 cents per liter. The protests of the producers have solicited the Authority to intervene in order to establish whether, through the imposition of contractual conditions unjustifiably onerous, in contrast with the principles of good faith and fairness, could be a violation of article 62, Law Decree no. 1 of 2012 in conjunction with article 2 of Law Decree no. 51 of 2015[32]. In the meantime, however, in order to deal with the violent protests of shepherds in Sardinia that broke out in the early months of 2019, following a specific Ministerial intervention, a negotiating table was opened between processors and producers, at the end of which an agreement was reached on the sale prices of sheep's milk, with the commitment of pecorino producers to pay a fairer price, with the hope of opening discussions with large-scale distribution companies.

The aforementioned episode, even though it allows the Antitrust Authority to recognize the lack of grounds for intervention pursuant to art. 62 cited above, does, however, reveal a certain inadequacy of the discipline resulting from art. 62 cited above and 10-quater to provide a direct remedy in situations in which the price policy is affected by the economic or structural characteristics of the market and not by the mere position of predominance of one party over the other.

Moreover, these are two provisions that find it difficult to talk to each other, as is clear from the absence in the second provision of any reference to the first, even though it qualifies as an unfair commercial practice the establishment of prices significantly lower than the average costs of production found by Ismea, from the provision of specific sanctions and the introduction of a

31 More precisely, art. 10-quater cited has extended Ismea's competence to establish monthly average production costs already provided for by Law no. 51 of 2015 to all contracts having as their object the transfer of agricultural products pursuant to art. 168, par. 1 Reg. no. 1308 of 2013. The provision of prices significantly lower than the average production costs detected by Ismea, if accompanied by the lack of at least one of the conditions provided for by art. 168, par. 4 Reg. no. 1308 of 2013, is considered an unfair commercial practice and entails the application, against the purchasing company, of an administrative sanction of up to 10% of the revenues achieved in the last year prior to the assessment.

32 Agcm, "AL21 - Prezzi del latte in Sardegna", Provvedimento n. 27805.

special investigation procedure by the Guarantor Authority. In short, a only partially overlapping system is created, in which art. 10-quater becomes a special discipline in the absence of which the conditions of art. 62 finds its (already limited) operational space[33].

Thus, in conclusion, if it is true that the disturbances that are hovering over the supply chain do not find in the invoked rules only a partial response to the phenomenon of "caporalato", which indeed is ultimately favoured, as it is essential to the survival of the company on the market, it is necessary to verify what other tools are provided by the "toolbox" of the Italian system, to understand in what terms they are able to operate a dissuasive policy and contrast this serious scourge.

3. THE CRIME OF ILLEGAL INTERMEDIATION AND LABOUR EXPLOITATION

In view of the social scourge of illegal gang-master trade (so called caporalato) and labour exploitation that particularly affects the agricultural sector, the Italian legislator has adopted some instruments, manly of a criminal-repressive nature, which to the facts have been ineffective to counter the phenomenon. The main reference is to the crime of illegal intermediation and labour exploitation referred to in art. 603-bis of the Italian penal code, introduced in 2011 and then modified by l. n. 199/2016. This crime persecutes both those (illegal intermediaries or caporale) who recruit workers for third parties in conditions of exploitation and taking advantage of their state of needs and those who use, hire or employ workers, including even trough an illegal intermediary, subjecting them to conditions of exploitation and taking advantage of their state of need.

The article does not proceed to define the exploitation but relies on some indices that can detect its presence relating to breaches in the field of remuneration, working hours and rest times, health and safety and, more generally, to the submission to working conditions or degrading housing situations[34].

33 Jannarelli, "Prezzi dei prodotti", op. cit., 582 ff.; Russo, "Le pratiche commerciali", op. cit., 421 ff.

34 On the analysis of art. 603-*bis* c.p. see Miscione, "Caporalato e sfruttamento del lavoro", in *Lav. Giur.*, 2017, 113; Fiore, "La nuova disciplina penale dell'intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro, tra innovazioni e insuperabili limiti", in *Dir. Agroal.*, 2017, 267; Andronio, "Il reato di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro: evoluzione normativa e giurisprudenziale", in *Dir. Lav. Merc.*, 2019, 430; Garofalo, "Il contrasto al fenomeno dello sfruttamento del lavoro (non solo in agricoltura)", in *Riv. Dir. Sic. Soc.*, 2018, 229; di Martino, Sfruttamento del lavoro. Il valore del contesto nella definizione del reato, 2019.

If, as a result of the amendment intervened in 2016, the regulatory provision widened its scope, prosecuting both the illegal intermediary and the user or employer, as well as conducts not necessarily committed with violence or threat, at the same time, however, it does not seem that the instrument is able to cope with the multiform expression of the phenomenon of labour exploitation in agriculture[35].

So much so, that if, on the one hand, the crime provision has contributed, by virtue of its dissuasive effects, to the reduction in the use of the most serious forms of irregular work, on the other, «the overall working conditions, in fact, seem to remain substantially unchanged»[36].

The other main limitation of criminal instruments adopted to contrast the phenomenon is the access to justice[37]. There is a certain reluctance of the exploited migrants to take legal action against the employer and the illegal intermediary in order to assert their rights due to the fear of losing their jobs and suffering the negative consequences of the legal proceedings, as well as for a lack of knowledge of their rights. The difficulty of bringing out the cases of exploitation is mainly due to the absence of a protective path that effectively guarantees an alternative form of livelihood to the migrant who decides to make complaints[38].

Just think that the art. 22, d.lgs. n. 286/1998, on the one hand, transposing Directive 2009/52/EC, recognizes the possibility of obtaining a residence permit to the migrant that made complaints and cooperated in the criminal proceedings for serious labour exploitation. On the other, the art. 10-bis of the same d.lgs. 286/1998 exposes the victims of labour exploitation, who very often are undocumented migrants, to the risk of being prosecuted for the crime of illegal entry and residence in the State[39].

35 Faleri, "«Non basta la repressione». A proposito di caporalato e sfruttamento del lavoro in agricoltura", in *Lav. Dir.*, 2021, 262 ff.

36 D'Onghia, Laforgia, "Lo sfruttamento del lavoro nell'interpretazione giurisprudenziale: una lettura giuslavoristica", in *Lav. Dir.*, 2021, 250; Tarangioli, "Le filiere agroalimentari in Italia fra spinte competitive, innovazione e processi inclusivi", cit., 92.

37 Calafà, "Lavoro irregolare (degli stranieri) e sanzioni. Il caso italiano", in *Lav. Dir.*, 2017, 80-82.

38 Zonca, "Stranieri "invisibili". Riflessioni comparative in tema di diritto al lavoro e integrazione sociale dei migranti", in *Riv. AIC*, 2018, 502-503.

39 Spinelli, "Immigrazione e mercato del lavoro: lo sfruttamento dei migranti economici. Focus sul lavoro agricolo", in *Riv. Dir. Sic. Soc.*, 2020, 135.

Discussed is, then, among scholars the applicability of the path of protection, provided for victims of exploitation referred to in art. 18, d.lgs. n. 286/1998, to the hypotheses of labour exploitation[40]. In both cases, however, the practice has shown a poor implementation of the two instruments, due to the limited cooperation of migrants in making complaints[41].

The punitive-repressive perspective that intervenes on the pathological level, «although essential in countering the most serious forms of labour exploitation», has shown, ultimately, all its limitations, as «it is not able to remove its structural reasons»[42]. This is also the consequence of the fact that the entire regulation of immigration is the result of a continuous tension between demands to guarantee public order and the needs to protect foreigner as a person, in which very often to prevail are the first[43].

4. THE QUALITY AGRICULTURAL WORK NETWORK

The law n. 199/2016, together with the amendment of art. 603-bis penal code, has revitalized another important measure, the Quality Agricultural Work Network, introduced by art. 6, decree law n. 91/2014, conv. in law n.116/2014, which aims to prevent at the root the phenomenon of illegal gangmaster trade and labour exploitation.

It is an institution where only agricultural companies that fulfil certain conditions, concerning compliance with decent working conditions, can participate.

Membership in the Network allows agricultural companies to be exempted from ordinary inspection checks, with the exception of those relating to health and safety at work and those carried out following an inspection request. In this way, inspections are carried out mostly on companies not included in the network.

40 In a positive sense see Genovese, Santoro, "L'art. 18 (t.u. immigrazione) e il contrasto allo sfruttamento lavorativo: la fantasia del giurista tra libertà e dignità", in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2018, 545 e ss.; Lorea, "Immigrazione e sfruttamento del lavoratore: profili giuslavoristici", in *Dir. Merc. Lav.*, 2020, 184. Instead, D'Onghia, Laforgia, "Lo sfruttamento del lavoro nell'interpretazione giurisprudenziale: una lettura giuslavoristica", cit., 248-249, express some perplexity.

41 Santoro, Stoppioni, "Il contrasto allo sfruttamento lavorativo: i primi dati dell'applicazione della legge n. 199/2016", in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2019, 282-283; Caprioglio, Rigo, "Lavoro, politiche migratorie e sfruttamento: la condizione dei braccianti migranti in agricoltura", cit., 51-53.

42 D'Onghia, Laforgia, op. cit., 251; Calafà, op. cit., 81; Torre, "Il diritto penale e la filiera dello sfruttamento", in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2018, 309.

43 Recchia, "L'accesso al lavoro dei migranti economici", cit., 94.

The institution in charge of the network is the Steering Board "Cabina di Regia" which is chaired by the INPS and composed by representatives of relevant national institutions, trade unions, representatives of employers' association. It is responsible, inter alia, for promoting initiatives in the field of active labour policies, combating undeclared work and social contribution evasion, organising and managing seasonal labour flows, assisting foreign migrant workers.

If there is no doubt that it would be useful to set up measures that act in advance and at the level of the culture of work, by enhancing and rewarding the use of productive methods that compliance with the dignity of workers, at the same time, it should be noted that the current configuration of the Quality Agricultural Work Network presents some problems.

A first problem concerns the voluntary nature of membership in the Network and the lack of real incentives that can encourage agricultural companies to participate in it. This has led to an insufficient adhesion to the Network and uneven distribution of participating companies through the national territory.

For this reason, one of the goals set out in the "Piano Triennale di contrasto allo sfruttamento lavorativo in agricoltura e al caporalato" is to proceed, inter alia, to the «revision of the admissions requirements, to the establishment of a system of membership incentive, to the review of the territorial organization of the Network»[44].

The second aspect to consider is the exemption from ordinary inspection checks. Once passed the preparatory checks for the registration to the Network, enterprises enjoy of a substantial and permanent exemption from the ordinary inspection checks, that can bring about the risk to create «an enclave made up of people who ordinarily will no longer be the subjects of ordinary verification any»[45]. Rather, it should be just the possibility of becoming part of an ethical circuit that certifies the respect of decent working conditions to impose a higher frequency in checks[46].

---

44 Ministero del lavoro e delle politiche sociali, "Piano triennale di contrasto allo sfruttamento lavorativo in agricoltura e al caporalato 2020-2022", cit.,18.

45 Sgroi, "Utilizzo interpositorio illecito della manodopera: le misure di contrasto", cit., 125; Faleri, "Il lavoro povero in agricoltura, ovvero sullo sfruttamento del (bisogno di) lavoro", in *Lav. Dir.*, 2019, 166.

46 D'Onghia, de Martino, "Gli strumenti giuslavoristici di contrasto allo sfruttamento del lavoro in agricoltura nella legge n. 199/2016: ancora timide risposte a un fenomeno molto più complesso", in *Var. Temi Dir. Lav.*, 2018, 172.

Finally, it must be considered that there isn't an automatic reputational advantage deriving from the participation in the ethical circuit of the Network as compared with other companies operating on the market, as it can be frustrated by the more or less virtuous behaviour of different actors in the supply chain, such as consumers and distributors[47].

The measure of the Quality Agricultural Work Network, although meritorious, at present has not been able to affect successfully to correct «the distortions that can be found in agriculture»[48], which result not only from the intrinsic characteristics of agricultural work, but above all even from the power relations that govern the agri-food chain[49].

5. NETWORK CONTRACTS IN AGRICULTURE

The measures to prevent and to contrast the phenomenon of illegal gangmaster trade and labour exploitation introduced by law n. 199/2016 have not led to the expected results, showing all their structural limitations. The Quality Agricultural Work Network has remained practically ineffective due to the voluntary nature of the membership which has led to a low participation. At the same time, as we have seen, it is unthinkable to address the issue only on a repressive level, because migrants hardly complain the abuses suffered in the face of the risk of remaining without any protection.

It is, therefore, necessary to consider also initiatives capable to «remove imbalances and distortions of agri-food production destined to negatively affect also the dynamics of agricultural work»[50]. The solution could be pursued through the aggregation of farmers in order to achieve a greater bargaining power within the agri-food chain and to improve the competitiveness and productivity of the companies involved[51].

47 Pinto, "Rapporti lavorativi e legalità in agricoltura. Analisi e proposte", in *Dir. Rel. Lav. Ind.*, 2019, 26.

48 Laforgia, "Il contrasto allo sfruttamento lavorativo dei migranti", cit., 186.

49 Leccese, "Lavoro, sfruttamento e tutele nella filiera agroalimentare: un itinerario", in *Dir. Rel. Lav. Ind.*, 2018, 248.

50 Camera dei deputati, Documento approvato dalle commissioni riunite XI (Lavoro pubblico e privato) e XIII (Agricoltura) a conclusione dell'indagine conoscitiva sul fenomeno del cosiddetto «caporalato» in agricoltura, cit., 26.

51 See Saccomanno, "Il contratto di rete, profili di un'indagine aperta", in *Contr. Impr.*, 2017, 695.

The introduction of new digital technologies in agriculture, as well as the transition to innovative environmentally sustainable production methods, requires substantial investments that the small producer can hardly bear economically. This, however, remains the only real way that can allow companies to combine the maintenance of their competitiveness on the market and the recognition of decent working and economic conditions.

In Italy, the decree law n. 5/2009, conv. in law n. 33/2009, introduced the network contract, an instrument with which «more entrepreneurs pursue the goal of increasing, individually and collectively, their innovative capacity and their competitiveness in the market» (art. 3, paragraph 4-ter). The entrepreneurs can, on the basis of a common network program, «to collaborate in forms and in predetermined areas for the exercise of their companies or to exchange information or services of an industrial, commercial, technical or technological nature or to jointly exercise one or more activities falling within the scope of their business». In this way, network companies gain advantages not only in quantitative terms, linked to the larger size of the network compared to individual companies, but also in qualitative terms, due to the sharing of skills and know-how among the participating companies[52].

Unlike the Quality Agricultural Work Network, an institution in which, as we have seen, the enterprise can participate mostly in order to obtain the certification of compliance with decent working conditions and exemption from ordinary inspection activity, the network of enterprises establishes forms of collaboration in the course of the economic activity that generate positive consequences on the management of the business activity.

The creation of the network can be an aid to the governance of change and innovation processes that have recently affected the agricultural and agri-food sector, with a view to improving the productivity of companies and their positioning on the market. The latter, in fact, through the participation to a network of enterprises, would have the possibility «both to acquire other people's innovation of which he does not have and to adapt themselves to an interesting market standard, and to circulate his own technology spreading a standard already used»[53].

52 Saccon, "I vantaggi economici per le imprese nel "fare rete", in Zilio Grandi, Biasi (a cura di), Contratto di rete e diritto del lavoro, 2014,14 and ff.

53 Masi, "Oggetti e relazioni della disciplina agroalimentare nel nuovo secolo tra scienza e diritto",

The collaboration and the aggregation between agricultural enterprises is not, however, a novelty own of the network contract. With the so called "reciprocanza", that is «the exchange of labour or services according to usage», regulated by art. 2139 civil code, the possibility of sharing the use of the means of production or even the labour force was already envisaged, on the basis of the peculiarities that distinguish agriculture (small businesses, family farms, and seasonal crops). It is born as a form of mutual aid between small farmers to satisfy temporary needs linked to extraordinary increases in productive activity and consists in the free exchange of agricultural services in a reciprocal way[54]). Similarly, with the consortium contract referred to articles 2602 and ff. civil code, more entrepreneurs may establish a common organisation for the regulation or for the conduct of certain phases of their enterprises.

The network contract, however, has an innovative nature compared to the existing forms of collaboration between farms. In fact, with respect to the so called "reciprocanza", network companies collaborate to pursue a common purpose and do not necessarily have to be farms or exchange labour for conducting agricultural services. As regards differences with consortia, although similarities are undoubtedly greater in this case, network contracts can «regulate the entire life cycle of the product or service (from production to distribution)» and aim to achieve «a common goal through a shared strategy»[55].

6. THE ADVANTAGES OF USING THE NETWORK CONTRACT AS A WAY OF REGULATING COMPETITION OVER WORKING CONDITIONS IN THE SUPPLY CHAIN: JOINT-RECRUITMENT AND CO-EMPLOYEMENT

In the above described context of agricultural producers' intrinsic economic dependence on agro-industrial or large-scale retail trade companies, in consideration of the latter's oligopsony position in the chain, for the final sale price determination of agricultural and food products, both fresh and processed, it

in *Riv. Dir. Alim.*, 2019, 19.

54 On this topic see Nuzzo, "L'utilizzazione di manodopera altrui in agricoltura e in edilizia: possibilità, rischi e rimedi sanzionatori", in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT, 357, 2018, 15-16; Greco, "Relazioni tra imprese e rapporti di lavoro in agricoltura", in Campanella (a cura di), Vite sottocosto. 2° rapporto presidio, 2018, 348-350.

55 Di salvatore, "Un'introduzione allo studio delle reti di imprese come modello di sviluppo per le aree interne", in *Nuove Autonomie*, 2019, 633 nt. 43. See also Russo, "Il contratto di rete in agricoltura", in *Riv. Civ.*, 2015, 186, according to which the networks of enterprises pursue goals that «seem to have a broader horizon than those that can be pursued with the consortium».

seems that agricultural producers, rather than hoping for corrective measures in the market by the legislator (both national and EU), have no choice but to join forces, in order to impose minimum price standards, which allow not only the fair allocation of profits, but also a sustainable approach, in terms of transparency and legality, in the work relationship management.

In this sense, the European legislator had already foreseen the possibility for agricultural producers to join forces through the establishment of organisations pursuing specific common objectives relating to the trading of their commodities, the provision of mutual technical assistance or the research and development of innovative production techniques, in order to strengthen their position on the market. The reference is to producers' organisations and inter-branch organisations for a specific sector, now covered by EU reg. 1308/2013 and regulated in Italy respectively by legislative decree no. 102/2005 and by legislative decree no. 51/2015. However, these organisations have ended up functioning rather sparsely, if not marginally, as their operation is essentially left to the discretion of the parties involved. Furthermore, they are subject to rather strict requirements, both as regards their form (a corporation in the case of producers' organisations, an association in the case of interprofessional organisations) and as regards the activities carried out, which in any case do not contemplate forms of joint business activity and can only be made up of agricultural entrepreneurs and, in any case, in the case of interprofessional organisations, do not carry out operational activities such as production, processing or marketing of products[56].

Hence the importance of network contract in agriculture. And in fact, beyond the alluvial legislation in favour of agricultural enterprises to get a greater reactive boost to high market competitiveness[57], including the specific form of funding for «newly established clusters and networks or those undertaking a new activity» provided for under the EU regulation on support for rural development by the European Agricultural Fund for Rural Development (EAFRD) (Reg. EU

56 Russo, "Il contratto di rete in agricoltura", op. cit., 192; Mocella, Reti di imprese e rapporti di lavoro, 2018, 83. It should be noted, however, that article 162 of Regulation (EU) no. 1308/2013 provides for a specific derogation for interbranch organisations for tobacco, olive oil and table olives, assigning them the performance of certain operational tasks.

57 Russo, "Il contratto di rete in agricoltura", op. cit., 1018 ff.; Costantino, "L'impresa agricola "in rete"", in Genovese (a cura di), Riflessioni sul contratto di rete. Profili privatistici e fiscali, 2013, 199 ss.; Costantino, "Il contratto di rete tra imprese nel settore agricolo", in *Riv. Dir. Agr.*, 2013, 668 ff.

1305/2013)[58], the greatest potential of network contracts in agriculture seems to lie in their ability to attract not only agricultural enterprises but also industrial ones, so as to encourage the establishment of a common purpose (a common interest) that can generate a virtuous distribution of the value of products among the enterprises involved. In this sense, the role of the network also appears to be well adapted to the supply chain, especially the agro-industrial one. It is therefore possible (and in a certain sense desirable) that within the supply chain the transition towards technologically advanced or digital production methods that ensure higher standards of product quality, health and environmental sustainability (e.g. the expansion of hydroponic cultivation methods), which are increasingly requested by those downstream in the supply chain, is completed through agreements that will involve the network companies in the collaborative or reticular management of agro-industrial goods processing. Alternatively, the network could be a way of creating synergies between agricultural enterprises and services companies to facilitate access to work in the countryside, and between social enterprises and other companies, in order to integrate vulnerable and disadvantaged people.

In this sense, it should not be forgotten that the network companies can also benefit from the organisational flexibility that the two network models envisaged by the 2009 legislator leave to the discretion of the contracting parties: the network can, in fact, become a legal entity (even if not a personality) (the so-called subject network - "rete soggetto") or merely regulate the mutual cooperation between network companies, without creating a new legal entity (so-called contract network - "rete contratto"), leaving, however, in both cases to the contracting parties the choice of establishing or not an organ and a common patrimonial fund. The use of the network contract, in fact, allows companies not only to increase their innovativeness and market competitiveness but also to mitigate the negative consequences arising from the unpredictability and seasonality of agriculture.

58 The importance of providing such support is found in the possibility of better achieving the objectives of rural development policy, as such an approach helps operators in rural areas to overcome the economic, environmental and other disadvantages of fragmentation. It is through the promotion of new forms of cooperation, such as business networks, which make it possible to organise joint working processes and share facilities and resources that the activity of small producers can become economically viable despite its small scale (recital 29).

The second potential inherent in the use of the network contract lies in the power granted to the network companies to adopt mutual forms of job-sharing of the workforce which, on one side, allow the same employee to be employed in different cultivation processes according to the seasonality of the production, sharing labour costs between the companies and, on the other side, also ensure continuity of employment for the workers employed, avoiding that agricultural unemployment is mainly paid for by the coffers of the Italian National Social Security Institution (INPS)[59].

This opportunity to share labour can be achieved through two modalities, both of which are likely to generate a dissociation of the employment relationship: co-employment and joint recruitment in agriculture, provided respectively by art. 30, paragraph 4-ter and art. 31 of Legislative Decree no. 276/2003. Apart from the question, which is very debated, about the difference between the two categories, it can be said, essentially, that co-employment is an instrument of joint employment of labour and sharing of the relevant professional skills according to the rules of engagement identified with the network contract in relation to a specific interest shared by the network companies (the one, in fact, at the basis of the network contract). On the contrary, the joint recruitment referred to in article 31, more specifically, is aimed at the agricultural sector and is characterised by the fact that only the recruitment phase is joint, since after the initial moment the workers carry out the «work services at the relevant companies»[60]. Only if it is carried out within the framework of a network contract, on condition that at least 40% of the network enterprises are agricultural enterprises, does joint employment also constitute a hypothesis of co-employment, since it may be adopted in view of the achievement of the common interest of the network and according to rules of engagement identified in the network contract itself[61].

59 However, it should be pointed out that article 30 of Legislative Decree no. 276 of 2003, which presumes the existence of an interest in the detachment of the workforce and therefore legitimises the employment of employees in other companies belonging to the network, is also applicable to agricultural network companies, as long as the requirement of temporariness is respected.

60 This option is available where agricultural enterprises, including those set up as cooperatives, belong to the same group or are owned by the same person or by persons related by a family relationship or affinity up to the third degree.

61 Greco, Il rapporto di lavoro nell'impresa multidatoriale, 2017, 192; M.T. Carinci, "Introduzione. Il concetto di datore di lavoro alla luce del sistema: la codatorialità e il rapporto con il divieto di interposizione", in Id., Dall'Impresa a rete alle reti d'impresa. Scelte organizzative e diritto del lavoro, 2015, 33.

In these terms, the shared and combined use of one or more workers for a interest specific but shared by the network enterprises (the one on which the network contract is based) in the agricultural sector has the potential to offer forms of mutual sharing of employees' professionalism and to be a concrete way of attracting regular labour within the agri-food chain, encouraging continuity of employment and permanence in the vicinity of the workplaces with positive effects in terms of social inclusion and access to local support programmes. In fact, it would make it possible to mitigate the negative effects deriving from the seasonal nature of harvests, which in terms of work lead to a temporary and precarious nature of the job, as well as to the need for the migrants to forcibly move around the territory (including outside Italy) in search of work, following the growing season[62]. All these elements, as we have seen, constitute specific risk factors for labour exploitation and forced labour in agriculture.

Of course, it is quite clear that the network contract is only one of the many possible ways to fight against 'caporalato'. However, if we keep in mind that it is a functional tool for cutting labour costs and that the fight will only be won when recourse to informal forms of work becomes economically unviable, then sharing the regular labour costs between network enterprises, together with the possibility of covering a substantial part of the food-chain, at least up to the processing companies located close to the production sites, seems could favour the establishment of ethical forms of food-chain that could lead to a sincere pact with consumers to adequately remunerate the legality of the production process. This is a first step on a road still to be travelled.

62 Giarè, "Strumenti per l'inclusione dei migranti. Il contributo dell'agricoltura sociale", in Zumpano (a cura di), Migrazioni, agricoltura e ruralità. Politiche e percorsi per lo sviluppo dei territori, 2020, 143; Canfora, Leccese, "Lavoro irregolare e agricoltura. Il Piano triennale per il contrasto allo sfruttamento lavorativo, tra diritto nazionale e regole di mercato della nuova PAC, in *Riv. Dir. Agroalimentare*, 2021, 71-72.

LA INSERCIÓN DE LAS PERSONAS VENEZOLANAS EN EL MERCADO DE TRABAJO FORMAL PERUANO: LIMITACIONES Y RETOS

MARIA KATIA GARCIA LANDABURU

Profesora de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Abogada. Máster en Derecho Empresarial de la Universidad de Lima y Magíster en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la PUCP. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

ABSTRACT: This paper studies the adjustment that the Peruvian migration, labor, and tax legislation has gone through, due to the arrival of more than a million people from Venezuela, identifying the aspects that are still generating difficulties and proposing some measures that would facilitate their insertion in the formal labor market.

KEY WORDS: Foreign workers, labor market, migration from Venezuela.

La crisis política, económica, social y humanitaria de Venezuela[1] ha originado que en los últimos años una cantidad importante de sus nacionales migren a diversos países, aunque por razones de distancia física y posibilidades económicas, la migración[2] se ha concentrado sobre todo en lugares cercanos. Así, después de Colombia, el Perú ha sido su principal destino. Ha llegado durante este año a tener más de un millón de personas de esa nacionalidad.[3]

Migraciones reporta que desde el 1 de febrero de 2017 hasta el 15 de julio de 2020, ingresaron al Perú 1 299 955 personas venezolanas y aunque buen número salió del país (506,773) 4, hay que tener en cuenta que también existen ingresos irregulares, no registrados por las autoridades.[5] De acuerdo con dicha

1 Así ha calificado esa crisis el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Blouin, Cécile. "Antes de la llegada: migración (forzada) de personas venezolanas". Después de la llegada: Realidades de la migración venezolana. 2019, p. 17. Disponible en: http://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/170254

2 Se va a usar la palabra migración en una acepción amplia, considerándola básicamente como un desplazamiento geográfico (en este caso, internacional), sin tener en cuenta sus causas. No se va a distinguir si estamos ante migrantes o en realidad, frente a refugiados, sin desconocer la relevancia del tema para efectos de determinar el nivel de protección que debería aplicarse.

3 Se estima que a enero de 2021 había 1.04 millones de personas venezolanas en el Perú. Equilibrium-Centro para el Desarrollo Económico (CenDE). Inmigración Venezolana en el Perú: Regularización Migratoria y el Sistema de Refugio. 2021, p. 7. Disponible en: https://equilibriumcende.com/regularizacion-migratoria-y-refugio/

4 Superintendencia Nacional de Migraciones. Características sociodemográficas de la migración venezolana en el Peru Feb 2017-Jul 2020. 2020, pp. 13 y 15. Disponible en: https://www.gob.pe/institucion/migraciones/informes-publicaciones/1116226-caracteristicas-sociodemograficas-de-la-migracion-venezolana-en-el-peru-febrero-2017-julio-2020

5 La Defensoría del Pueblo señala que las medidas adoptadas por el Estado, en relación con el ingreso al país de personas venezolanas (que se detallarán más adelante), podrían "haber generado un incremento en el número de ingresos irregulares al país, así como el crecimiento de casos de tráfico

institución, al 15 de julio de 2020 permanecían en el país 793 182 personas, de las cuales 348 400 contaban con carné PTP y 9 045 estaban por recogerlo. Con respecto a su nivel educativo -dato que resulta de interés para esta investigación-, del grupo de personas con PTP aprobado (357 445), 33.2% tenían educación secundaria completa, 23.9% superior completa y 11.2% técnica completa.[6]

El Perú ha sido tradicionalmente un país de emigrantes,[7] por lo que no contaba con una legislación preparada para una inmigración de esa magnitud ni con dependencias públicas que pudieran atender con rapidez todos los procedimientos requeridos en esos casos. Esto ha originado ciertas dificultades en la inserción de las personas venezolanas en el mercado de trabajo formal, empujándolos hacia el trabajo informal, cuyo nivel era bastante alto desde antes de que se iniciara ese flujo migratorio.

En esta investigación se busca analizar el caso, exponiendo la situación previa del mercado de trabajo formal e informal peruano y estudiando la legislación migratoria, laboral y tributaria vinculada a la contratación de trabajadores extranjeros, para luego hacer referencia a la necesaria adecuación por la que ha debido pasar, identificando luego los aspectos que siguen generando dificultades, y proponiendo finalmente algunas medidas que facilitarían la inserción de esas personas en el mercado de trabajo formal.

1. SITUACIÓN PREVIA DEL MERCADO DE TRABAJO PERUANO

Teniendo en cuenta que muchas de las medidas gubernamentales vinculadas al tema fueron dictadas a partir del 2017, debido a la llegada de un considerable número de personas provenientes de Venezuela, se va a hacer referencia a la situación vigente en el Perú el 2016, presentando algunas estadísticas que

ilícito de migrantes o de trata de personas".
Defensoría del Pueblo. Personas venezolanas en el Perú. Análisis de su situación antes y durante la crisis sanitaria generada por el Covid-19. Informe de Adjuntía N° 002-2020-DP/ADHPD. 2020, p. 32. Disponible en: https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1481686/Informe-de-Adjunt%C3%ADa-N-002-2020-DP-ADHPD-Personas-Venezolanas-en-el-Per%C3%BA.pdf.pdf

6 Superintendencia Nacional de Migraciones. Op. Cit., pp. 16-17.

7 Durante el periodo 1990-2018, salieron del país y no retornaron un total de 3'165,894 peruanos (10% de la población total del país).
Instituto Nacional de Estadísticas e Informática-INEI. Perú: Estadísticas de la Emigración Internacional de Peruanos e Inmigración de Extranjeros, 1990-2018. 2020, p. 15. Disponible en: https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1749/libro.pdf

permitirán conocer cómo era el mercado de trabajo en ese momento, las que reflejan con claridad la magnitud del trabajo informal en el país.

Para ello, se precisará la situación que tenía ese año la población en edad de trabajar (de catorce años o más), identificando la Población Económicamente Activa-PEA y distinguiendo a aquellas personas que tenían ocupación, ya sea que estuvieran adecuadamente empleadas o no, de las desempleadas (Cuadro 1).

CUADRO 1: SITUACIÓN DE LA POBLACIÓN EN EDAD DE TRABAJAR EN EL PERÚ EL AÑO 2016

<table>
<tr><td rowspan="4">Población en Edad de Trabajar (23 401 625)</td><td rowspan="2">Población Económicamente Activa-PEA (16 903 680)</td><td>PEA ocupada (16 197 110)</td><td>Adecuadamente empleados[8] (8 601 374)
Subempleados (7 595 736)</td></tr>
<tr><td>Desempleados (706 570)</td><td>Cesantes, con puesto de trabajo anterior (546 567)
Aspirantes (160 003)</td></tr>
<tr><td rowspan="2">Población Económicamente Inactiva (6 497 945)</td><td colspan="2">Desempleo oculto (204 390)</td></tr>
<tr><td colspan="2">Inactivos plenos (6 293 555)</td></tr>
</table>

Fuente: INEI-Encuesta Nacional de Hogares sobre Condiciones de Vida y Pobreza, 2016.
Elaboración: Propia

De la PEA ocupada, 4 539 788 personas tenían un empleo formal y el resto (11 657 322) tenían un empleo informal, encontrándose la mayoría de estas personas en el sector informal (8 903 697). Es decir, en el Perú 7 de cada 10 trabajadores tenía un empleo informal.

Dentro de los trabajadores formales del sector privado en diciembre de 2016 (en total 3 415 189), se encontraban registrados en la planilla electrónica 2 001 personas venezolanas, de un total de 20,188 trabajadores extranjeros, siendo el tercer grupo más importante luego de Colombia (3 054) y España (2 934).[9]

8 La población adecuadamente empleada está conformada por aquellos trabajadores que laboran 35 o más horas a la semana y reciben ingresos por encima del ingreso mínimo referencial, y por aquellos que trabajan menos de 35 horas semanales y no desean trabajar más horas.

9 Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. Anuario Estadístico Sectorial 2016. 2017, p. 134. Disponible en: https://www2.trabajo.gob.pe/archivos/estadisticas/anuario/Anuario_2016_020717.pdf

2. SITUACIÓN ANTERIOR DE LA LEGISLACIÓN APLICABLE A LOS TRABAJADORES EXTRANJEROS

2.1. Las restricciones previstas en materia migratoria

Las disposiciones migratorias aplicables a los extranjeros estaban contenidas en el Decreto Legislativo 703 (Ley de Extranjería), promulgado en 1991. Esta norma nunca fue reglamentada, solo modificada, el 2003 y el 2008, para adecuarla a nuevas situaciones migratorias y a los criterios contenidos en los acuerdos internacionales de facilitación del comercio y la inversión privada. Sin embargo, esto no fue suficiente, las deficiencias de la legislación y su inadecuada aplicación en algunos casos, sin considerar los estándares previstos en instrumentos internacionales ratificados por el Perú, determinaron que el 2014 la Defensoría del Pueblo emitiera un informe sobre casos conocidos por dicha institución que afectaban derechos fundamentales,[10] y propusiera recomendaciones para mejorar la legislación migratoria.

Si bien el 2015 se aprobó el Decreto Legislativo de Migraciones, mediante Decreto Legislativo 1236, éste no llegó a entrar totalmente en vigencia pues no se emitió su reglamento y fue derogado el 2017 por el Decreto Legislativo 1350, que aprobó el Decreto Legislativo de Migraciones que nos rige en la actualidad, y al que se hará referencia en el punto III.

La Ley de Extranjería contemplaba veintidós calidades migratorias, aunque a este efecto interesa hacer referencia solo a algunas de ellas: refugiado, trabajador, independiente y familiar residente. La de inmigrante también resulta de interés, pero solo era posible tramitarse después de tener al menos dos años como residente.

Durante la vigencia de la Ley de Extranjería, un extranjero que ingresaba al territorio peruano -normalmente con visa de turista o de negocios- debía solicitar su cambio de calidad migratoria si tenía intención de residir en el país.

10 En el Informe de Adjuntía 009-2014-DP/ADHPD, la Defensoría del Pueblo presentó diversos casos que revelaban entre otras cosas, inadecuada interpretación de la normativa y dilación en los trámites. Previamente, el 2009, había elaborado el Informe Defensorial N° 146, "Migración y Derechos Humanos. Supervisión de las políticas de protección de los derechos de los peruanos migrantes", en el que también señalaba la necesidad de actualizar el Decreto Legislativo 703.
En el Informe de Adjuntía 009-2014-DP/ADHPD puede revisarse en: https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/05/Informe-009-2014-DP-ADHPD.pdf

En el caso de los refugiados el trámite se realizaba ante el Ministerio de Relaciones Exteriores, que previa calificación y de conformidad con la ley y los convenios, puede otorgar la residencia a los refugiados por un año, prorrogable anualmente mientras se mantengan las razones que motivaron dicho reconocimiento.

La Ley del Refugiado (Ley 27891)[11] es del 2002 y se encuentra vigente a la fecha. Considera entre sus disposiciones la emisión de un documento provisional de trámite mientras se procesa la solicitud de refugio, este documento (con vigencia de 60 dias hábiles, renovable) no significa el reconocimiento de la calidad de refugiado, pero faculta al solicitante a permanecer en el país mientras su solicitud se resuelve en forma definitiva y lo autoriza provisionalmente a trabajar. Ese documento y el tratamiento especial aplicable a los solicitantes de refugio no era muy conocido por la gran mayoría de las entidades del sector público y privado, que, durante el desarrollo de sus funciones y actividades habituales, estaban más acostumbradas a relacionarse con extranjeros residentes que se identificaban con el carné de extranjería otorgado por Migraciones.

Las otras calidades migratorias debían solicitarse ante la Superintendencia Nacional de Migraciones (Migraciones, que reemplazó el 2012 a la Dirección General de Migraciones y Naturalización), cuyo Texto Único de Procedimientos Administrativos-TUPA y disposiciones internas establecían los requisitos en cada caso, aunque una exigencia general era que la solicitud se presentara durante la vigencia de la visa con la que el extranjero había ingresado al Perú.

11 Esta norma ha sido empleada por una gran cantidad de ciudadanos venezolanos, aunque se reconoce que el sistema se ha usado como una vía de regularización migratoria más que como una vía de acceso a la protección internacional para el cual fue concebido. A junio de 2020, existían 496 095 solicitudes sin respuesta, sólo 1% de las solicitudes había sido aprobada.
Equilibrium-Centro para el Desarrollo Económico (CenDE). Op. Cit., pp. 10 y 17.
En este trabajo no se va a analizar la definición de refugiado que da la ley y su aplicación en el caso de las personas venezolanas. Sin embargo, sí resulta necesario advertir que en la misma se toman elementos de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, que se refiere a motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, así como de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 1984, que considera como refugiados a las personas que han huido de su país debido a "la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público". Eso puede apreciarse con claridad en los literales a) y b) del artículo 3 de la Ley 27891 (aunque la ley no incluye la "violencia generalizada"), y ha originado que diversas organizaciones internacionales soliciten al Perú que califique como refugiados a las personas venezolanas.

La calidad migratoria de trabajador requería la presentación de un contrato de trabajo aprobado por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE). Es decir, era necesario que el extranjero hubiese conseguido ser contratado por un empleador, que además estuviese dispuesto a esperar que el trabajador obtuviera la calidad migratoria habilitante para iniciar la prestación efectiva de servicios ya que la legislación de contratación de extranjeros así lo exige. Esto en la práctica, desanimaba a muchas empresas, y, en el caso de aquellas que finalmente decidían suscribir el contrato, generaba que algunas no cumplieran estrictamente las normas y acordaran informalmente con el extranjero el inicio inmediato de la prestación de servicios, con cargo a regularizar la situación posteriormente, aunque esto implicara que el trabajador no pudiera tener la inmediata cobertura de salud que le correspondía.

La calidad migratoria de independiente (que no autorizaba a trabajar en relación de dependencia) era más complicada de tramitar pues se necesitaba que el extranjero estuviera inscrito en el colegio profesional correspondiente para ejercer su profesión en el Perú, o de no existir éste, contara con título profesional convalidado por una universidad peruana o reconocido por la Asamblea Nacional de Rectores (reemplazada por la Superintendencia Nacional de Educación Superior Universitaria-SUNEDU a fines del 2014).

Finalmente, la calidad migratoria de familiar de residente debía tramitarse una vez que el titular (cónyuge, padre o madre, hijo, de acuerdo con el caso), hubiera obtenido su carné de extranjería y se acreditara el vínculo familiar con el certificado de matrimonio o acta de nacimiento, documento con una antigüedad no mayor a seis meses, y que tenía que estar debidamente apostillado o legalizado por un consulado peruano.

Como puede apreciarse de las calidades migratorias mencionadas, la de refugiado otorgaba una serie de facilidades (además, era gratuita)[12] que no tenían las otras, que requerían haber conseguido un empleador o contar con documentación y realizar trámites previos, que no todos los migrantes estaban en capacidad de hacer con facilidad.

12 Estas características determinaron su aplicación extendida por parte de las personas venezolanas, que la vieron como una opción para poder regularizar su situación en el Peru y obtener algún documento que les permitiera trabajar.

2.2. Los límites y formalidades para la contratación de extranjeros

Las normas sobre contratación de extranjeros también habían sido emitidas a inicios de la década del noventa, cuando se encontraba vigente la Constitución de 1979, que en su artículo 42 disponía que correspondía a los trabajadores nacionales una proporción preferente en número y remuneraciones, la cual era señalada en la ley.

El Decreto Legislativo 689, Ley para la contratación de extranjeros[13] fue promulgado en 1991 y tuvo dos modificaciones, realizadas mediante la Ley 26196 (1993) y el Decreto Legislativo 1246 (2016). Su reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo 014-92-TR, también tuvo dos modificaciones, efectuadas por los Decretos Supremos 023-2001-TR y 008-2018-TR, este último se mencionará en el punto III pues buscó adecuar la legislación al considerable incremento de los contratos de trabajo de extranjero debido a la incorporación de personas venezolanas al mercado de trabajo formal.

Esta preferencia por la contratación de trabajadores peruanos recogida en el texto constitucional, y que tenía como antecedente toda la legislación previa sobre la materia, se vio reflejada claramente en el Decreto Legislativo 689, que desde sus considerandos hacía referencia a ella, precisando que eso no implicaba descuidar la contratación de personal extranjero para labores técnicas, gerenciales u otras especialidades que signifiquen transferencia de tecnología y creación de nuevos puestos de trabajo (es decir, lo que buscaba la norma era que los extranjeros que se incorporaban al mercado de trabajo, fueran trabajadores calificados). Así, sus principales disposiciones establecían lo siguiente:

- Preferencia por la contratación de trabajadores nacionales, cualquiera fuera la actividad o nacionalidad del empleador (artículo 1). Sin que esto implique que los trabajadores extranjeros tengan menores derechos y beneficios que los reconocidos para el régimen laboral de la actividad privada.

13 No se va a hacer referencia a la Decisión 545 de la Comunidad Andina (Instrumento Andino de Migracion Laboral), que contempla el tratamiento del trabajador migrante andino, porque el 2006 Venezuela se retiró de la Comunidad Andina. Tampoco se analizará el "Acuerdo sobre residencia para nacionales de los Estados Partes del MERCOSUR" al cual se adhirió el Perú, porque el 2017 Venezuela fue suspendida en todos los derechos y obligaciones inherentes a su condición de Estado Parte del MERCOSUR, de conformidad con lo previsto por el Protocolo de Ushuaia sobre Compromiso Democrático en el MERCOSUR. Estas disposiciones, claramente hubieran facilitado la contratación de trabajadores venezolanos, al no resultar aplicables en estos casos los porcentajes limitativos ni el trámite de aprobación de los contratos previstos en el Decreto Legislativo 689.

- Autorización del contrato y sus modificaciones por la Autoridad Administrativa de Trabajo (artículo 2), considerando una serie de formalidades.[14]
- Limitación para contratar personal extranjero solo en proporción de hasta el 20% del número total de trabajadores, y que sus remuneraciones no excedan del 30% del total de la planilla (artículo 4).[15] Aunque adicionalmente se consideraron ciertas exclusiones y exoneraciones. Las primeras permitían no aplicar los porcentajes limitativos ni el procedimiento de aprobación de los contratos a casos tales como el de los extranjeros con cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos peruanos; a aquellos con visa de inmigrante o con cuyo país de origen exista convenio de reciprocidad laboral o de doble nacionalidad -como con España-; y el inversionista extranjero. Mientras que las segundas permitían solicitar la exoneración de porcentajes limitativos dentro del procedimiento ordinario de aprobación de este tipo de contratos, en casos tales como el de personal profesional o técnico especializado (lo cual requería acreditación de su título y de su experiencia); personal de dirección y/o gerencial de una nueva actividad empresarial o en caso de reconversión empresarial; y en el caso de los profesores contratados para la enseñanza superior o en colegios particulares extranjeros, o para la enseñanza de idiomas.
- Contrato a plazo fijo por un periodo máximo de tres años, prorrogable sucesivamente (artículo 5), sin necesidad de justificar en el contrato el uso de la contratación temporal, como ocurre con los trabajadores peruanos, para los cuales la regla es la contratación por tiempo indefinido.

Como puede apreciarse, la norma era bastante formal y limitaba el acceso de los trabajadores extranjeros al mercado de trabajo peruano. Hasta el 2016 no

14 Se exigía que la solicitud de aprobación se presente, con una declaración jurada de la empresa donde se indique que el extranjero contaba con la capacitación o experiencia laboral requerida (antes se requería además, una declaración de cumplimiento de porcentajes limitativos, el título profesional o los certificados legalizados), y con un contrato con información mínima que contenga tres cláusulas especiales en que conste lo siguiente: (i) que la aprobación del contrato no autoriza a iniciar la prestación de servicios hasta que no se cuente con la calidad migratoria habilitante; (ii) el compromiso del empleador de transportar al personal extranjero y los miembros de la familia que expresamente se estipulen a su país de origen o al que convengan al extinguirse la relación contractual; y, (iii) el compromiso de capacitación del personal nacional en la misma ocupación.

15 El reglamento de la Ley 31047 (Ley de las Trabajadoras y Trabajadores del Hogar), aprobado mediante Decreto Supremo 009-2021-TR, ha dispuesto que estos límites no son aplicables en el trabajo del hogar.

era tan habitual para las empresas contratar extranjeros (la contratación bajo el Decreto Legislativo 689 representaba menos del 0.60% del total de trabajadores del sector privado), lo hacían sobre todo subsidiarias y sucursales de empresas multinacionales o empresas grandes o medianas que requerían contar con personal especializado. Probablemente por esa razón no se produjeron mayores cuestionamientos a la norma y a su operatividad, dado su uso limitado, sin embargo, es claro que se trata de una norma discriminatoria, que atenta contra el mandato de igualdad ante la ley reconocido por la Constitución de 1993, que impediría distinguir entre nacionales y extranjeros en materia laboral. En adición a ello, el artículo 70 de la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, aplicable en nuestro país,[16] establece que los Estados parte "deberán tomar medidas no menos favorables que las aplicadas a sus nacionales para garantizar que las condiciones de trabajo y de vida de los trabajadores migratorios y sus familiares en situación regular estén en consonancia con las normas de idoneidad, seguridad y salud, así como con los principios de la dignidad humana".

2.3. Las normas tributarias sobre residencia fiscal y su impacto económico en los ingresos netos de los migrantes

En ejercicio de su potestad tributaria, el Estado peruano ha establecido que los contribuyentes se clasifican en contribuyentes domiciliados y contribuyentes no domiciliados. Los primeros tributan sobre sus rentas de fuente mundial (es decir, sobre su renta de fuente peruana y extranjera), sin tener en cuenta su nacionalidad, mientras que los segundos tributan solo sobre sus rentas de fuente peruana. A este efecto, la Ley del Impuesto a la Renta considera como tal la renta originada en el trabajo personal que se lleve a cabo en territorio peruano, cualquiera sea la nacionalidad o domicilio de las partes que intervengan en las operaciones.

La diferencia entre ambos tipos de contribuyentes no solo es esa, sino también la tasa del impuesto que les resulta aplicable. En el caso de las personas naturales domiciliadas en el país, a partir del ejercicio gravable 2015 les resulta aplicable una escala progresivo acumulativa que va del 8% al 30%,[17] mientras

16 Ratificada por el Perú el 10 de septiembre de 2005, aprobada por Resolución Legislativa 28602 y ratificada sin reservas mediante Decreto Supremo 071-2005-RE.

17 Los perceptores de rentas de trabajo pueden deducir anualmente un monto fijo equivalente a 7 Unidades Impositivas Tributarias-UIT. Sobre el exceso se aplica una escala en función a sus ingresos: hasta 5 UIT 8%; más de 5 UIT hasta 20 UIT 14%; más de 20 UIT hasta 35 UIT 17%;

que a las personas no domiciliadas se les aplica directamente una tasa del 30% sobre el íntegro de su renta afecta.

La determinación del domicilio en el caso de los extranjeros, bajo la norma tributaria peruana, implica que se considere domiciliados a aquellos que hayan residido o permanecido en el país más de 183 días calendario durante un periodo cualquiera de 12 meses, surtiendo efectos el cambio a partir del 1 de enero del año siguiente.

Estas reglas determinaron que las personas venezolanas que llegaban al Perú y lograban acceder a un empleo formal, después de cumplir con todas las normas laborales y migratorias, sufrieran un importante descuento de sus ingresos por concepto de impuesto a la renta (30%), que junto con el descuento por su aporte al sistema pensionario que hubieran elegido, podía llegar en total al 43%, dejándoles un ingreso neto de solo un poco más de la mitad de la remuneración pactada (57%). SI bien esta situación se producía solo el primer año en el Perú, y eventualmente el segundo año, dependiendo de su fecha de ingreso al país, no dejaba de desincentivar su búsqueda de un empleo formal pues era una obligación del empleador actuar en calidad de agente retención y retener el tributo, asumiendo por ley la calidad de responsable solidario para garantizar el cumplimiento de esa obligación tributaria.

3. ADECUACIÓN DE LA LEGISLACIÓN ANTE EL CRECIMIENTO EXPONENCIAL DE LA MIGRACIÓN[18]

3.1. La adecuación de las normas migratorias a las políticas gubernamentales: avances y retrocesos

El Decreto Legislativo 1350 que aprobó en enero de 2017 el Decreto Legislativo de Migraciones, es una norma más moderna y de mayor alcance

más de 35 UIT hasta 45 UIT 20%; más de 45 UIT 30%. Ademas, se puede deducir ciertos gastos (por concepto de arrendamiento y/o subarrendamiento de inmuebles, honorarios profesionales de médicos y odontólogos, gastos efectuados para la atención de la salud, servicios cuya contraprestación califique como rentas de cuarta categoría, aportaciones a ESSALUD que se realicen por los trabajadores del hogar), hasta un máximo de 3 UIT al año.

18 De acuerdo con la OIT, el incremento del volumen de la población venezolana en el Perú entre el 2015 y el 2019 fue de 36,6% (treinta y seis mil seiscientos por ciento), pasando de 2 351 personas a 863 613.
OIT. El aporte de las personas refugiadas y migrantes venezolanas frente a la pandemia de la COVID-19 en los servicios esenciales de salud: Argentina, Brasil, Colombia, Chile, México y Perú. 2021, p. 13.

que la Ley de Extranjería. Fue reglamentado en marzo de ese mismo año por el Decreto Supremo 007-2017-IN (modificado en marzo de 2021 por el Decreto Supremo 002-2021-IN).

El mencionado Decreto Legislativo reconoce algunos principios básicos, como: el respeto a los derechos fundamentales; el reconocimiento del aporte de los migrantes en el desarrollo del país; el principio de libre tránsito; la promoción por parte del Estado de la integración del extranjero y su familia a la sociedad y cultura peruana; la no criminalización de la migración irregular; la no discriminación y la formalización migratoria. Respecto a este último punto, precisa que el Estado promueve las medidas necesarias para la formalización de los extranjeros que deseen ingresar y permanecer en el territorio nacional, y favorece la regularización migratoria como acción permanente que facilita la protección de la persona humana y previene o corrige situaciones de vulneración o afectación a la dignidad humana, así como de sus derechos y libertades.

En materia laboral, la norma dispone que el Estado reconoce al extranjero el goce y ejercicio de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución, tales como el trabajo en igualdad de condiciones que los nacionales, salvo las prohibiciones y limitaciones establecidas en la normativa. Además, en el reglamento se ha precisado que la situación de irregularidad migratoria de una persona extranjera no afecta el ejercicio o el reclamo de los derechos laborales frente a su empleador.

Dentro de las calidades migratorias que regula, se encuentran las temporales (entre ellas la de turista y negocios, y otras calidades como la de trabajador, pero sin ánimo de residencia) y las de residencia. Estas últimas autorizan el ingreso y/o residencia en el territorio peruano, e incluyen calidades migratorias como la de trabajador, familiar de residente y humanitaria.

Con la nueva norma, la calidad migratoria de trabajador comprende a quien realiza actividades en forma subordinada o independiente, en virtud de un contrato de trabajo, relación administrativa o contrato de prestación de servicios. En el primer caso, se otorga en virtud de un contrato de trabajo previamente aprobado por la Autoridad Administrativa de Trabajo, y en el segundo, la persona extranjera debe tener un Registro Único de Contribuyente (RUC) activo y habido.

La calidad migratoria de familiar de residente permite la residencia al extranjero integrante de la unidad migratoria familiar (concepto ampliado por

la nueva norma) de un peruano o extranjero residente, quien puede realizar actividades lucrativas de forma subordinada o independiente.

La calidad migratoria humanitaria se otorga al extranjero que encontrándose en territorio nacional y sin reunir los requisitos para acceder a la condición de asilado o refugiado, se encuentre en alguna de estas situaciones: (i) gran vulnerabilidad o peligro de vida en caso de abandono del territorio peruano; (ii) quien requiere protección en atención a una grave amenaza o acto de violación o afectación de sus derechos fundamentales; (iii) los solicitantes de refugio y asilo; (iv) quienes hayan migrado por motivos de desastres naturales y medioambientales; (v) quienes han sido víctima de trata o tráfico de personas; (vi) las niñas, niños y adolescentes no acompañados; o, (vii) apátridas. También se aplica para personas que se encuentren fuera del territorio nacional en situaciones excepcionales de crisis humanitaria reconocida internacionalmente, que soliciten venir al Perú y obtener protección. Esta calidad migratoria es otorgada por el Ministerio de Relaciones Exteriores, y habilita a la persona a realizar actividades lucrativas de manera subordinada, autónoma o por cuenta propia. Además, permite obtener gratuitamente el Carné de Extranjería.

En el caso de las personas venezolanas, la posición adoptada inicialmente por el gobierno fue dictar normas específicas, estableciendo un Permiso Temporal de Permanencia (PTP) para ellos. Las normas aprobadas reflejan dos etapas en el manejo del tema, claramente distinguibles.

La primera implementó el 2017 una política receptiva[19] fijada por el gobierno de Kuczynski, con el fin de otorgar un permiso temporal de permanencia por un año, que facilitara a las personas venezolanas trabajar, y acceder a servicios públicos como los de salud[20] y educativos. Además, con la promulgación del Reglamento del Decreto Legislativo de Migraciones el 2017, se aprobaron

19 Teniendo en cuenta que el Perú ha ratificado los principales instrumentos internacionales sobre derechos humanos, que también protegen a los migrantes.

20 De conformidad con el artículo III del Título Preliminar de la Ley General de Salud, todas las personas tienen derecho a la protección de su salud "en los términos y condiciones que establece la ley". Sin embargo, es preciso advertir las deficiencias que tenía el sistema de salud peruano antes de la migración venezolana, vulnerabilidades que como señalan Mendoza y Miranda al referirse a la atención en salud, "no están al margen de las que ya afrontaban las poblaciones urbanas más pobres del Perú, cuyos servicios tampoco satisfacen sus necesidades y demandas, ni en cobertura ni en calidad".
Mendoza, Walter y Miranda, J. Jaime. "La inmigración venezolana en el Perú: desafíos y oportunidades desde la perspectiva de la salud". Revista Peruana de Medicina Experimental y Salud Pública. Vol 36 (3). 2019, p. 497. Disponible en: https://doi.org/10.17843/rpmesp.2019.363.4729

nuevas calidades migratorias, incluyéndose como calidad migratoria residente la de "Especial Residente", a ser otorgada por Migraciones a los extranjeros que, habiendo ingresado al país, requieran regularizar su situación migratoria, y permitiéndoles realizar actividades lucrativas de forma subordinada o independiente. La Cuarta Disposición Complementaria Final de la norma dispuso que Migraciones asignaría la calidad migratoria Especial Residente a quienes hubieran recibido el PTP en el marco del Decreto Supremo 002-2017-IN[21] (al que se hará referencia a continuación), de tal manera que puedan obtener un Carné de Extranjería[22] por un año, prorrogable, luego de informar las actividades realizadas durante la vigencia del PTP.

La segunda etapa, implementada el 2018 durante el gobierno de Vizcarra, buscó limitar el ingreso al Perú de las personas venezolanas, por consideraciones de seguridad y orden interno. Esas mismas razones determinaron que casi al final de su gobierno, se dicte el Decreto Supremo 010-2020-IN a fin de establecer medidas que faciliten y agilicen la regularización de cualquier persona extranjera que se encontrara en situación migratoria irregular, debido al vencimiento de su plazo de permanencia o residencia, o por su ingreso al territorio nacional de manera irregular, a la fecha de publicación de la norma (22 de octubre de 2020). Esta norma posibilita la obtención de un permiso temporal de permanencia materializado en un Carné de Permiso Temporal de Permanencia (CPP), que habilita a desarrollar actividades en el marco de la legislación peruana durante un año[23], y antes de cuyo vencimiento se debe optar por una de las calidades migratorias previstas en el Decreto Legislativo 1350.

---

21 Esta disposición luego se extendió a las personas venezolanas que obtuvieron su PTP al amparo de los Decretos Supremos 023-2017-IN y 001-2018-IN.

22 Aunque según indica Equilibrum CenDE, "los altos costos de este proceso han sido una barrera importante para el cambio de calidad migratoria y han llevado a que muchas personas venezolanas permanezcan en el Perú con un PTP vencido y en situación irregular, especialmente considerando que un alto porcentaje de esta población trabaja en el sector informal y no cuenta con una fuente de ingresos estable". Estos costos no solo tienen que ver con las tasas administrativas, sino con gastos de transporte, alojamiento y alimentación, que eventualmente pueden implicar el viaje a otra ciudad.
Equilibrium-Centro para el Desarrollo Económico (CenDE). Op. Cit., pp. 18-19.

23 Es preciso advertir que este procedimiento tiene un costo, e implica el pago de las multas y tasas migratorias pendientes a la fecha de aprobación de la solicitud, que puede fraccionarse en doce meses. En enero de 2021, mediante Resolución de Superintendencia N° 000009-2021-MIGRACIONES, se dispuso la preinscripción a través de la página web de Migraciones, que se extendió finalmente hasta el 7 de abril, con el fin de poder construir el Padrón Nacional de Vacunación Universal contra el COVID-19. Recién a comienzos de julio de 2021 se puso en operatividad el procedimiento de regularización migratoria.

A. Etapa inicial de apertura

La primera norma que se dictó fue el Decreto Supremo 02-2017-IN, del 2 de enero de 2017 (unos dias antes que el Decreto Legislativo 1350), que aprobó los lineamientos para el otorgamiento del PTP para las personas de nacionalidad venezolana que habían ingresado de manera regular, con su pasaporte o cédula de identidad, hasta antes de que entrara en vigor la norma, el 2 de febrero de 2017. De esa manera, se buscó beneficiar a más de 11 000 personas que se encontraban en situación migratoria irregular, como consecuencia del vencimiento de su permanencia o residencia en el Perú (aunque también se permitió que personas en situación migratoria regular optaran por el referido permiso). Les dió un plazo de 120 dias hábiles para solicitar el PTP, presentando una declaración jurada de no tener antecedentes penales o judiciales a nivel nacional e internacional y la Ficha de Canje Internacional-INTERPOL.

Con el otorgamiento del PTP (materializado en el Carné PTP) por un año, se facultó a la persona beneficiaria a trabajar formalmente en el territorio nacional, en el marco de la legislación peruana. Además, podía verificarse su emisión en línea, lo cual facilitaba la comprobación de la información por parte de los interesados en contratarlos.

Posteriormente, el 26 de julio de 2017 se emitió el Decreto Supremo 023-2017-IN para aprobar nuevos lineamientos para el PTP, aplicables a las personas venezolanas que ingresen al país hasta antes del 31 de julio de 2017, dándoles un plazo 120 días hábiles para presentar la solicitud del PTP.

Después de que entró en vigencia esta última norma, continuó el ingreso de personas venezolanas. Por ello, el 22 de enero de 2018 se emitió el Decreto Supremo 001-2018-IN, que aprobó nuevos lineamientos para el otorgamiento del PTP a personas venezolanas que ingresaran al país hasta antes del 31 de diciembre de 2018, dándoles plazo hasta el 30 de junio de 2019 para presentar la solicitud del PTP.

Unos meses después, Migraciones aprobó la emisión del "Acta de Permiso de Trabajo Extraordinario-Provisional" que habilitaba a realizar actividades generadoras de renta de manera subordinada o independiente durante el procedimiento de otorgamiento del PTP.[24]

24 El volumen de solicitudes recibidas había desbordado la capacidad de las instituciones peruanas vinculadas a estos trámites (la Ficha de Canje Internacional tardaba meses en obtenerse y la trami-

B. Etapa restrictiva

El 18 de agosto de 2018, el plazo para solicitar el PTP fue modificado por el Decreto Supremo 007-2018-IN, limitándose hasta el 31 de diciembre de 2018, para las personas de nacionalidad venezolana que ingresaran al territorio nacional hasta el 31 de octubre de 2018, "atendiendo a consideraciones en materia de salud, seguridad y orden interno". Un día antes, mediante una nota de prensa[25] el Ministro del Interior y el Superintendente Nacional de Migraciones, informaron que se había decidido exigir pasaporte a los ciudadanos venezolanos que deseen ingresar al territorio peruano a partir del 25 de agosto, "a fin de garantizar su registro seguro y ordenado", precisando que según estadísticas de Migraciones, solo un 20% de los ciudadanos venezolanos que ingresaba al país lo hacía con su cédula de identidad, la cual, "no reúne todas las condiciones para asegurar que sean válidas o verdaderas". Mencionaron que una medida similar había sido adoptada por el gobierno colombiano en febrero e iba a ser adoptada por el gobierno ecuatoriano desde el 18 de agosto. Esta exigencia resultaba disuasiva pues las dificultades para obtener un pasaporte en Venezuela hacían muy complicado cumplirla para aquellas personas que no contaban en ese momento con dicho documento.

La Resolución de Superintendencia 000270-2018 de Migraciones que exigía pasaporte para que las personas venezolanas pudieran ingresar al Perú (salvo determinadas excepciones por razones humanitarias, que permitían el ingreso portando únicamente cédula de identidad, "de acuerdo al ejercicio de sus facultades y atribuciones previstas en la normativa vigente", es decir, de forma discrecional), fue dejada sin efecto en ese punto el 5 de octubre del mismo año, por el Quinto Juzgado Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, que resolvió en primera instancia el habeas corpus interpuesto por la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos.[26] Migraciones

tación del PTP también demoraba un buen tiempo), y eso afectaba a los solicitantes de ese permiso, por lo que en mayo de 2018 la Resolución de Superintendencia 0000165-2018-MIGRACIONES aprobó la emisión del "Acta de Permiso de Trabajo Extraordinario-Provisional", documento gratuito que podían obtener por internet las personas venezolanas que hubieran formulado la solicitud para el otorgamiento del PTP, y que les permitía realizar actividades generadoras de renta por un plazo de 60 días calendarios, susceptible de prórroga automática, hasta la culminación del procedimiento de obtención del PTP.

25 Información extraída de: https://www.migraciones.gob.pe/ciudadanos-venezolanos-solo-podran-ingresar-a-peru-con-pasaporte-desde-el-25-de-agosto/?csrt=12943439851393777194

26 La sentencia puede revisarse en: https://www.refworld.org.es/category,COI,006,,,5bc66 4ca4,0.html

y el Ministerio del Interior apelaron la sentencia, y la resolución fue revocada, declarándose improcedente el habeas corpus.

Posteriormente, el 12 de junio de 2019, mediante Resolución de Superintendencia 000177-2019, Migraciones dispuso que, en cumplimiento de la decisión migratoria comunicada por el Ministerio de Relaciones Exteriores mediante Oficio OF.RE (MIN) 2-10/9,[27] todos los Puestos de Control Migratorio y/o Puestos de Control Fronterizo, desde las 00:00 horas del 15 de junio de 2019, debían requerir a las personas de nacionalidad venezolana, para efectos del control migratorio de ingreso al territorio nacional, que presenten pasaporte ordinario venezolano (salvo menores de 9 años con visa humanitaria, que podían ingresar con su partida de nacimiento, y otros casos muy específicos en que se permitía el ingreso con cedula de identidad), vigente, por vencer o vencido,[28] y la visa correspondiente otorgada por una oficina consular peruana, en caso de tener calidad migratoria temporal o residente, incluida la versión humanitaria.

La obtención de la visa humanitaria era controlada. Debía ser tramitada en los consulados de Caracas y Puerto Ordaz (Venezuela); Bogotá, Leticia y Medellín (Colombia); Guayaquil, Quito, Cuenca, Machala y Loja (Ecuador), presentando entre otros documentos el pasaporte ordinario vigente, por vencer o vencido y un certificado de antecedentes penales venezolanos apostillado.[29] La exigencia de presentar documentos difíciles de obtener, hizo que el acceso a la visa fuera limitado y se incrementaran las solicitudes de asilo, sin embargo se establecieron más etapas y criterios para limitar el ingreso al Perú de esa manera.[30]

27 Por el cual el Ministerio de Relaciones Exteriores informaba al Ministerio del Interior que, al estar la República Bolivariana de Venezuela suspendida en todos los derechos y obligaciones inherentes a su condición de Estado Parte del MERCOSUR, el derecho de los nacionales venezolanos a transitar sin pasaporte y sin visa de turismo por los territorios comunitarios (incluido Perú) se encontraba suspendido.

28 En enero de 2019, el Grupo de Lima -que integra el Perú entre otros países del continente- avaló la decisión de la Asamblea Nacional elegida en Venezuela, de prorrogar la vigencia de los pasaportes vencidos hasta por cinco años.

29 Informacion extraída de: https://www.gob.pe/1063-obtener-visa-para-ingresar-al-peru-visa-humanitaria-para-ciudadanos-venezolanos

30 Las dificultades de ese procedimiento pueden revisarse en el siguiente trabajo:
Camino, Paula y López Montreuil, Uber. "El asilo bajo presión en Perú: el impacto de la crisis venezolana y la COVID-19". Reconociendo a los refugiados. RMF 65. 2020, pp. 53-56. Disponible en: https://www.fmreview.org/sites/fmr/files/FMRdownloads/es/reconociendo-refugiados/camino-lopez.pdf

El efecto de las normas migratorias dictadas puede contrastarse con el ingreso de estas personas al Perú, que debe haberse visto afectado por el agravamiento de la situación en Venezuela, lo que motivó que un grupo importante se trasladen hacia el sur del continente, teniendo al Perú no solo como destino sino también como paso de tránsito rumbo a Chile y a otros países. A continuación, se detalla la información oficial de ingresos y salidas registradas (Cuadro 2).

CUADRO 2: MOVIMIENTO MIGRATORIO DE PERSONAS VENEZOLANAS EN TERRITORIO PERUANO, SEGÚN TIPO DE MOVIMIENTO, ENERO 2017-JUNIO 2020 (TRIMESTRAL)

Trimestre/Año	Entrada	Salida
Ene-Mar 2017	5 538	11 790
Abr-Jun 2017	7 824	12 483
Jul-Sep 2017	18 882	20 307
Oct-Dic 2017	37 681	30 953
Ene-Mar 2018	80 010	47 819
Abr-Jun 2018	123 152	29 872
Jul-Sep 2018	128 101	49 734
Oct-Dic 2018	127 183	75 809
Ene-Mar 2019	75 936	73 091
Abr-Jun 2019	138 779	89 583
Jul-Sep 2019	32 784	30 430
Oct-Dic 2019	7 401	21 904
Ene-Mar 2020	9 821	12 768
Abr-Jun 2020	60	208

Fuente: Base de Datos del Sistema Integrado de Migraciones (MIGRACIONES-SIM).
Elaboración: Propia

3.2. Los cambios en las normas de contratación de extranjeros

La modificación del Reglamento Ley de Contratación de Extranjeros por el Decreto Supremo 008-2018-TR determinó que se flexibilizara el procedimiento de aprobación de los contratos (continuando con la simplificación prevista por el Decreto Legislativo 1246). Así, la nueva norma dispuso que los contratos de trabajo de personal extranjero se consideran aprobados desde su presentación ante el MTPE a través del sistema virtual de contratos de extranjeros que se iba a implementar (aplicable también para las exoneraciones, las prórrogas o modificaciones), y que ninguna autoridad administrativa podía exigir requisito adicional. Para evitar confusiones sobre el efecto de la aprobación del contrato, se

precisó que la prestación de servicios solo podía iniciarse luego de la presentación del contrato y de obtenida la calidad migratoria habilitante, calidad que debía mantenerse vigente durante toda la relación laboral, constituyendo su pérdida una condición resolutoria que extingue automáticamente el contrato de trabajo.

En el mes de julio del mismo año, la Resolución Ministerial 176-2018-TR estableció disposiciones específicas para la contratación laboral de personas de nacionalidad venezolana con PTP o Acta de Permiso de Trabajo Extraordinario Provisional. Esa norma precisó que la liberación de restricciones laborales no comprendía los límites porcentuales y la contratación temporal, y que el contrato de trabajo, así como sus prórrogas y modificaciones, debían celebrarse por escrito y a plazo determinado, siempre que esté vigente el PTP o el Acta de Permiso de Trabajo Extraordinario Provisional (el plazo no podía ser superior a su vigencia y la pérdida de ésta así como el no otorgamiento del PTP, constituía una condición resolutoria que extinguía automáticamente el contrato).

Este contrato no requería presentarse al MTPE[31] y durante su vigencia podía celebrarse el contrato de trabajo de personal extranjero regulado por el Decreto Legislativo 689, que si debía ser presentado para su autorización y registro.

La obtención de una calidad migratoria distinta a la otorgada por el PTP suponía la sujeción de la relación de trabajo a las disposiciones correspondientes a dicha calidad migratoria, pero de realizarse la prestación de servicios ininterrumpidamente, correspondía acumular el tiempo de trabajo para efectos de los derechos y beneficios derivados de la nueva contratación.

Estas disposiciones y las normas migratorias dictadas para facilitar que las personas venezolanas trabajen formalmente, determinaron que a mayo de 2021 se encontraran registrados en la planilla electrónica del sector privado, 51 792 trabajadores de nacionalidad venezolana, siendo este, el primer grupo más importante de personal extranjero.[32]

31 Mediante un Comunicado publicado en la página web del MTPE en julio de 2018, esta entidad señaló que también los solicitantes de refugio estaban exceptuados de realizar el procedimiento de aprobación de contrato de personal extranjero.

32 Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. Boletín Mensual de "Leyendo Números de Trabajo y Promoción del Empleo". Mayo 2021, p. 24. Disponible en: https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/2004294/Boletin_LN_2021_Mayo.pdf

3.3. La adecuación de la legislación tributaria, a nivel formal

La Ley del Impuesto a la Renta no se adaptó a la situación de los migrantes venezolanos, y se mantuvieron las reglas mencionadas previamente, por lo cual, quienes ingresaban al Perú y conseguían un empleo formal, debían pagar el 30% por concepto de impuesto a la renta, al menos durante su primer año en el Perú, pasando a ser contribuyentes domiciliados solo a partir del 1 de enero del año siguiente en que cumplían con permanecer más de 183 dias en el país.

Ni el otorgamiento del PTP varió la situación. En el Informe 096-2018-SUNAT/7T0000, la Administración Tributaria señaló expresamente que las empresas domiciliadas en el Perú que contrataban trabajadores venezolanos no domiciliados en el país con PTP, los cuales perciben por ello rentas de fuente peruana de quinta categoría, debían efectuar la retención y el pago, con carácter definitivo, del 30% de la totalidad de los importes pagados o acreditados por concepto del impuesto a la renta que le correspondía pagar a dichos trabajadores.

La Administración Tributaria no modificó criterios impositivos, solo temas operativos, con el fin de adecuarse a las disposiciones migratorias que se fueron dictando. Por ejemplo, mediante Resolución de Superintendencia 296-2018/SUNAT en diciembre de 2018 modificó la norma sobre el Registro Único de Contribuyentes (para obtener un número de identificación tributaria que, entre otras cosas, permite emitir comprobantes de pago por la realización de actividades comerciales o civiles), en lo relativo a los documentos que identifican a los extranjeros para realizar trámites en dicho registro, a fin de incluir el carné de identidad emitido por el Ministerio de Relaciones Exteriores y el carné PTP otorgado por Migraciones

4. LIMITACIONES Y RETOS ANTE EL FENOMENO MIGRATORIO

De lo expuesto en los puntos anteriores, puede apreciarse que en los últimos años el gobierno peruano se ha preocupado por emitir normas para regular la situación de las personas venezolanas que ingresaban al país (aunque como hemos visto, inclinándose más por una perspectiva de control migratorio). Sin embargo, los intentos por facilitarles su adecuada incorporación a la vida económica del Perú y permitir que pudieran ejercer sus derechos fundamentales han sido claramente insuficientes.

En el ámbito migratorio esto se ha debido a diversos factores. A mi parecer, uno de los más importantes ha sido la falta de capacidad material de las dependencias gubernamentales para atender el volumen de personas que requerían realizar los trámites: no se contaba con suficiente personal y la atención estaba concentrada en algunos lugares. Además, el costo de la realización de esas gestiones no siempre podía ser asumido por los interesados. Estas deficiencias se han tratado de ir superando, aunque no con la velocidad e intensidad que las circunstancias requieren. Como señala Blouin, "El proceso de regularización mediante el PTP fue engorroso, complejo, costoso y contradictorio. Ello generó que una parte de la población venezolana se quedara irregularizada o solicitara la condición de refugiado".[33]

En el ámbito laboral, el régimen de contratación de trabajadores extranjeros no ha ayudado a que las personas venezolanas se incorporen al mercado de trabajo formal.[34]

Si bien se han hecho esfuerzos por reducir ciertas formalidades y agilizar el proceso de aprobación de los contratos (que ahora es automático y virtual), mantener una legislación de hace más de treinta años, que claramente estaba orientada a dar preferencia a la contratación de los trabajadores nacionales, resulta cuestionable.

Considerando lo expuesto, y teniendo en cuenta que mientras la crisis de la República Bolivariana de Venezuela subsista, es muy probable que la mayoría de las personas venezolanas que decidieron cruzar sus fronteras no regresen a su país de origen, creo que resulta necesario adoptar ciertas medidas que faciliten el desarrollo de su vida en el Perú y su integración a la comunidad nacional,[35]

---

33 Blouin, Cécile. "Complejidades y contradicciones de la política migratoria hacia la migración venezolana en el Perú". Colombia Internacional (on line). No. 106. 2021, p. 154. Disponible en: https://doi.org/10.7440/colombiaint106.2021.06

34 Adicionalmente, el hecho que se emitieran diversos documentos además del carné de extranjería (que es el documento con el que usualmente las instituciones y empresas identifican a los extranjeros residentes en el Perú), como el carné de solicitante de refugio, la autorización de trabajo del solicitante de refugio, el carné del PTP y el Acta de Permiso de Trabajo Extraordinario-Provisional, puede que no haya ayudado, sobre todo porque algunos de esos documentos no tenían la fotografía de la persona, aunque se trató que la veracidad del documento pudiera constatarse a través de sistemas en línea.

35 Como señalan Berganza y Solorzano, "la migración es un desafío en lo laboral, en lo jurídico, pero también en lo social y político, porque la manera en que un país afronta la diversidad dentro de su territorio impactará de forma directa en las dinámicas de relación de sus habitantes".
Berganza Setién, Isabel y Solórzano Salleres, Ximena. "El proceso de integración social de la migra-

cumpliendo con los compromisos internacionales adoptados por el Perú, y los principios declarados en el Título Preliminar del Decreto Legislativo de Migraciones.

Desde la perspectiva migratoria, la decisión de otorgarles una calidad migratoria con un documento de identidad como el carné de extranjería (que es el que tiene mayor aceptación), en forma célere y gratuita, ha sido adoptada por el Ministerio de Relaciones Exteriores, con la instrumentalización del otorgamiento de la calidad migratoria humanitaria a quienes se encuentran en territorio peruano[36]. Esta calidad migratoria puede obtenerse sin pagar el costo del trámite y sin gestionar certificados de antecedentes policiales, penales y judiciales (la información sobre los antecedentes criminales será solicitada internamente a Migraciones u otros durante el procedimiento).

Mediante los "lineamientos para otorgar la calidad humanitaria a solicitantes de refugio" aprobados por Resolución Ministerial 0207-2021-RE, emitida en junio de 2021, se ha previsto el otorgamiento de la calidad migratoria humanitaria para las personas extranjeras solicitantes de refugio o asilo, y para quienes no reuniendo los requisitos para esa protección, se encuentren en una situación de gran vulnerabilidad o peligro de vida en caso de abandono del territorio peruano, o requieren protección en atención a una grave amenaza o acto de violación o afectación de sus derechos fundamentales.

Esas personas obtendrán su carné de extranjería de una manera más sencilla,[37] y una permanencia por 183 días, prorrogable en tanto persistan las condiciones de gran vulnerabilidad por las cuales se otorgó la calidad migratoria. El plazo para la prórroga será por periodos de hasta 365 días cada vez, y la misma será automática, correspondiendo que la Dirección de Política Consular comunique ello a la persona extranjera.

---

ción venezolana en el Perú". Después de la llegada: Realidades de la migración venezolana. 2019, p. 84.

36 Aunque desde el 1 de marzo la Comisión Especial para los Refugiados había comenzado a notificar a los solicitantes de refugio sobre la posibilidad de obtener la calidad migratoria humanitaria, para lo cual los exhortaban a realizar la preinscripción iniciada por Migraciones. Disponible en: https://rostrosvenezolanos.com/calidad-migratoria-humanitaria-venezolanos-peru/

37 El trámite se realizará ante el Ministerio de Relaciones Exteriores, que informará su otorgamiento a la persona extranjera, para esta pueda obtener su carné de extranjería a través de la Agencia Digital de Migraciones.

Si bien el cambio de gobierno en el Perú puede dar lugar a la modificación de esta disposición, si la misma se mantiene y se ejecuta con prontitud, tendremos en el corto plazo una mayor cantidad de personas venezolanas habilitadas para trabajar formalmente, aunque sujetas a límites de contratación. En esas circunstancias, me parece que la siguiente medida debería ser la derogación de Ley de Contratación de Trabajadores Extranjeros pues vulnera el principio de igualdad ante la ley previsto en la Constitución de 1993.

La mencionada norma distingue sin un sustento objetivo a los trabajadores extranjeros de los trabajadores peruanos, estableciendo límites a su contratación y manteniéndolos injustificadamente bajo contratos de duración determinada sin una causa objetiva que sustente el uso de ese tipo de contratos. Resulta necesario equiparar sus derechos (así como se les impone las mismas obligaciones), a fin de que tengan iguales oportunidades. Tal como señala Ermida, "El derecho al trabajo, derecho humano universal irrestricto, no es solamente el derecho a gozar de condiciones de trabajo decentes y a conservar el empleo, sino que incluye también el derecho de acceso al empleo, en igualdad de condiciones con los nacionales o residentes".[38]

Ahora bien, es preciso advertir que el mayor acceso de las personas venezolanas al mercado de trabajo formal nos va a traer varios retos e interrogantes, dado el nivel de informalidad que tenemos, la precariedad laboral que existe y adicionalmente, debido a que aún no hemos podido superar la crisis ocasionada por el COVID-19 (ya no solo sanitaria sino también económica).

La contratación masiva de trabajadores venezolanos puede tener efectos en los trabajadores peruanos[39] pues en muchos casos competirán por los mismos puestos de trabajo, y gran parte de las personas venezolanas tiene mayores estu-

38 Ermida Uriarte, Oscar. "Derecho a migrar y derecho al trabajo". Las migraciones humanas en el MERCOSUR. Una mirada desde los derechos humanos. Compilación normativa. Montevideo, Observatorio de políticas públicas de derechos humanos en el MERCOSUR. 2009, p. 31. Disponible en: http://www.iin.oea.org/boletines/boletin4/Publicaciones/Migraciones_en_el_Mercosur-livro_nov09[1].pdf

39 De acuerdo con el Banco Mundial, la evidencia internacional muestra que los grupos que compiten directamente por los mismos trabajos con la población migrante y refugiada pueden ser desplazados en el mercado laboral, mientras que los que no lo hacen pueden beneficiarse con aumentos en su productividad, ante mano de obra con habilidades complementarias.
Banco Mundial. Resumen Ejecutivo. Una oportunidad para todos. Los migrantes y refugiados venezolanos y el desarrollo del Perú. 2019, p. 10. Disponible en: https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/32816/143724ovSP.pdf?sequence=4&isAllowed=y

dios[40]. No es posible en este momento prever cuantitativamente las implicancias que esto tendrá en el nivel de contratación y en materia salarial[41], pero queda claro que nuestras instituciones, sobre todo el MTPE tienen un gran reto.

Como señala la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), "la mejor ayuda humanitaria que las autoridades públicas pueden proveer es facilitar el acceso de la población refugiada y migrante a los mercados laborales".[42] Con ese objeto proponen una estrategia de integración socioeconómica de los migrantes venezolanos y sus comunidades de acogida que se articula en torno a siete pilares: (i) regularización y caracterización socioeconómica; (ii) formación profesional y reconocimiento de títulos y competencias; (iii) promoción del empleo; (iv) emprendimiento y desarrollo empresarial; (v) inclusión financiera; (vi) acceso a la protección social; y, (vii) cohesión social. Es decir, además de promover su trabajo en relación de dependencia, apoyar el desarrollo de emprendimientos y actividades que puedan realizar autónomamente o mediante las empresas que constituyan.

Las personas venezolanas pueden contribuir a mejorar el capital humano (sobre todo en ciertas actividades y lugares), y a la vez, mejorar su calidad de vida. Una de esas oportunidades, identificada por Mendoza y Mirada es "la que

40 La mayor parte de la población inmigrante venezolana en edad activa registra un número de años de estudios (13.4) que es más alto que el promedio de la población peruana (10.5).
BBVA Research. Inmigración venezolana a Perú: características e impactos macroeconómicos. Octubre 2019, p. 10. Disponible en: https://www.bbvaresearch.com/publicaciones/inmigracion-venezolana-a-peru-caracteristicas-e-impactos-macroeconomicos/

41 Aunque ya se vienen haciendo investigaciones, como la de Asencios y Castellares, que han estudiado el impacto de la migración venezolana en el empleo y los salarios de los trabajadores de Lima y Callao. Utilizando información de la Encuesta Permanente de Empleo (EPE), encontraron que un incremento en la inmigración equivalente a 1% de la PEA, reduce la probabilidad de cierto grupo de trabajadores (en particular mujeres entre 14 y 24 años con niveles de educación bajos) de mantener el empleo y los ingresos provenientes de la ocupación principal, mientras que el gasto realizado por los inmigrantes en Lima habría contribuido en 0,33% al crecimiento del PBI en 2018. Además, considerando que el nivel educativo promedio de los inmigrantes es superior al de los locales, "se generarían aumentos en productividad y del PBI potencial en el corto y mediano plazo".
Asencios, Roger y Castellares, Renzo. "Impacto de la Inmigración Venezolana en el Empleo y los Salarios: el Caso Peruano". Working Papers 2020-002. Banco Central de Reserva del Perú. 2020, p. 1. Disponible en: https://www.bcrp.gob.pe/docs/Publicaciones/Documentos-de-Trabajo/2020/documento-de-trabajo-002-2020-esp.pdf

42 PNUD-OIT. Migración desde Venezuela: oportunidades para América Latina y el Caribe-Estrategia regional de integración socioeconómica. 2021, pp. 41-42. Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro lima/documents/publication/wcms_775178.pdf

representan los profesionales y técnicos de la salud, que pudieran contribuir a compensar el déficit generado por la emigración de miles de profesionales de la salud peruanos/as en las últimas décadas".[43] Esto se ha podido apreciar en la crisis sanitaria por los efectos del COVID-19, que permitió la incorporación de profesionales de la salud venezolanos al sistema de salud peruano.[44]

Sin intención de caer en la "visión utilitarista" de la migración, cuyos peligros advierte Blouin[45], me parece que poner de relieve la posible contribución de los migrantes al desarrollo del país, en el contexto del caso peruano, no es promover la "buena" migración y limitar la "mala" migración pues el fenómeno migratorio ya se ha dado, y no porque el Perú sea el lugar ideal para las personas venezolanas, sino porque su situación es desesperada y han decidido salir de su país debido al contexto crítico en el que vivían. En ese escenario, desarrollar acciones para que puedan llegar a contar con un trabajo digno, que les permita cubrir sus necesidades y las de sus familias, es algo que resulta muy importante no solo desde un punto de vista social sino también, humano.

43 Mendoza, Walter y Miranda, J. Jaime. Op. Cit., p. 497.

44 En abril de 2020, el Decreto de Urgencia 037-2020 creó el Servicio Covid Especial-SERVICER, que durante la vigencia de la emergencia sanitaria y hasta treinta días después de ésta, permite la participación de profesionales de la salud peruanos y extranjeros, que no han realizado el SERUMS regulado por la Ley del Servicio Rural y Urbano Marginal de Salud (Ley 23330), que es una condición necesaria para trabajar en hospitales del Estado. Al participar en el SERVICER, obtendrán una constancia por el tiempo efectivo que se contabilizará como parte del SERUMS.

45 Blouin, Cécile. "Complejidades y contradicciones de la política migratoria hacia la migración venezolana en el Perú", p. 147.

LEGAL POSITION OF MIGRANT WORKERS IN THE REPUBLIC OF SERBIA, WITH SPECIAL REFERENCE TO TIME OF COVID-19 EPIDEMIC OUTBREAK

LJUBINKA KOVAČEVIĆ

Associate Professor at the University of Belgrade Faculty of Law, where she teaches labour law. Prior to joining this Faculty, she was a researcher at the Institute of Comparative Law in Belgrade. She is the author of two monographs ("Legal Subordination in Employment Relationship and Its Limitations" and "Valid Grounds for Dismissal") and many papers on Serbian, international and comparative labour law.

BOŠKO LATKOVIĆ

Independent advisor in Sector for Labour and Employment, Ministry of Labour, Veterans and Social Affairs of the Republic of Serbia. Prior to joining Ministry, he worked in National Employment Service, as chief of Department for Implementation of Bilateral Agreements on Employment of Migrants.

ABSTRACT: Although the need to provide decent working conditions is at the heart of the labour law rules on protection of migrant workers in the Republic of Serbia, a significant challenge for the State remains to create such conditions for their decent employment. The article discusses development of migratory movements of workers on the territory of the Republic of Serbia, as well as key legal aspects of employment of migrant workers in this country. Also, the risk of labour exploitation of migrant workers was investigated on the basis of case study. Finally, the status of migrant workers in Serbia in times of COVID-19 epidemic outbreak is examined, especially regarding the consequences of declaration of the state of emergency (special movement restrictions, validity of temporary residence and work permits, vulnerability of workers in the informal economy), as well as the position of returnee circular and seasonal workers.

KEYWORDS: Republic of Serbia; migrant worker; right to work; dual permit regime; labour exploitation; COVID-19 epidemic outbreak.

1. DEVELOPMENT OF MIGRATORY MOVEMENTS OF WORKERS ON THE TERRITORY OF THE REPUBLIC OF SERBIA

The first instances of organized employment of foreign nationals in Serbia date back to the nineteen-twenties, when refugees from Russia reached Serbian territory after the October Revolution.[1] The status of these and other immigrants was governed by the Regulation on the Employment of Foreign Workers of November 24, 1925. However, this issue was extensively regulated by the Regulation on Employment of Foreign Nationals (1935),[2] which included provisions on the issuance of work permits to foreigners, as well as provisions on the protection of domestic labour market from increasing influx of foreign workers during economic crisis. After World War II, the employment of foreigners was under the responsibility of the Federal Labour Administration, which was formed under the auspices of the Ministry of Labour of the Federal People's Republic of Yugoslavia, or rather under the authority of the Labour Administration of the People's Republic of Serbia. The practice of certifying contracts and giving work licences continued in the decades to come, with these tasks becoming the

1 M. Milenković, T. Milenković, *Zapošljavanje u Srbiji – od začetka do oslobođenja zemlje 1944*, 2002, p. 98.

2 Regulation on Employment of Foreign Nationals (*Official Gazette of the Kingdom of Yugoslavia*, 11 April 1935).

responsibility of the employment bureaus at the level of federal republics, and with special regulations established for employment of foreigners in the field of construction. Further development of the Yugoslav economy caused the employment of foreigners, for the first time, to be regulated by a special law - Law on Requirements for Entering into an Employment Relationship with a Foreign National (1978),[3] which was in force for 27 years. It introduced the regime of grants for entering into an employment relationship with a foreigner and a work permit became a prerequisite for their employment. On the other hand, this Law did not provide for the right of priority of domestic workers over foreigners, as the legal solutions were mainly aimed at solving the problem of employment of foreign nationals who had acquired permanent or temporary stay in Yugoslavia, such as political immigrants and spouses of Yugoslav nationals - much more than the employment of foreigners for economic reasons, i.e. reasons related to the lack of domestic workers.[4]

A need to respond to the changes that have taken place in the world of work, especially as a result of the intensified globalization process, became apparent at the beginning of the new millennium. During this period, the National Employment Service (NES) issued, on average, about 2,500 permits for entering into an employment relationship with a foreigner, annually. This shows that the Republic of Serbia wasn't an immigration country, especially as this number was much lower than the number of work permits issued in the surrounding countries.[5] However, legislator believed that this trend can change and that it would be necessary to regulate the issue of employment of economic migrants in accordance with the new tendencies, especially as the accession processes of the Republic of Serbia to the European Union (EU) as well as to the World Trade Organization (WTO) necessitated the introduction of new solutions, for the purpose of harmonizing the Serbian law with the standards of the aforementioned organizations. Hence, the Law on Employment of Foreign Nationals was adopted in 2014 and is still in force to this day.[6] Its provisions are in line with International Labour Organization (ILO) conventions number 97 and 143, ratified by Serbia. Besides, in accordance with the Stabilization and Association Agreement between the European Communities

3 *Official Gazette of the SFRY,* no. 11/78 and 64/89*, Official Gazette of the FRY,* no. 42/92, 24/94 and 28/96, and *Official Gazette of the RS,* no. 101/05.

4 S. Arsenov, "Zapošljavanje stanaca u Jugoslaviji", *Migracijske teme*, Vol. 3, No. 1/1987, p. 91.

5 B. Latković, "Zaključivanje ugovora o radu sa strancem", Pravo i privreda, no. 7-9/2015, p. 406.

6 *Official Gazette of the RS*, no. 128/14, 113/17, 50/18 and 31/19.

and their Member States and the Republic of Serbia[7], the Law on Employment of Foreign Nationals is, in principle, in line with directives 2003/109/EC and 2004/38/EC. This Law also regulates the employment of foreigners who have applied for asylum, refugees who have been granted asylum, as well as foreigners who have been granted subsidiary protection. It has been shaped by EU law, or, more specifically directives 2001/55/EC, 2004/81/EC, 2009/52/EU, 2011/95/EU and 2013/33/EU. Finally, the Law on Employment of Foreigners incorporated the requirements for completion of the accession of the Republic of Serbia to the WTO. This included the introduction of rules on provision of services by individuals, whether they are foreigners working in a company, persons temporarily residing in Serbia in order to establish business contacts or foreign employers preparing to start their activity here. The same applies to persons posted by their employer to temporarily work in Serbia, as well as to independent professionals, i.e. self-employed persons registered abroad, who, based on a contract with their employer or the end user of services in Serbia, carry out business activity on the territory of Serbia.

An amendment to the Law on Employment of Foreigners was adopted in April 2019 and came into force on 01 January 2020. It is primarily aimed at simplifying the procedure for issuing work permits to foreigners, with the objective of developing a more favourable business environment, since attracting foreign investments has been identified as one of the priorities of the Government. It should be noted that the Republic of Serbia, in the process of European integration, shares the experience of other Central and Eastern European countries that had an increased influx of migrant workers as they approached EU membership. Thus, the number of work permits issued to foreigners by NES doubled from 2015 to 2019: 6.362 permits were issued in 2015, that number increased to 7.340 the following year, to 7.642 permits in 2017, 8.989 in 2018 and 13.802 in 2019.[8]

It should also be noted that Serbia entered into several *bilateral agreements* that regulate employment procedure, working conditions and protection against

7 *Official Gazette of the RS*, no. 83/08.

8 *Report on the performance of the NES for 2019*, 104. Analysis of jobs reffered in requests for issuing work permits shows that in most of the cases, migrant workers are engaged for perfomance of well-paid jobs, i.e. of supervisory jobs and jobs whose performance presupposes high qualifications and important work experience, as well as skills and knowledge that are deficitary at Serbian labour market.

social risks, as well as remittances to the country of origin. However, material scope of these agreements does not cover student exchange programmes, scholarships, professional exchange programmes and traineeships. In the past, these agreements were concluded primarily due to the transition from extensive employment policy (in which employment was seen as an instrument for solving certain social problems and combating unemployment, which caused considerable latent unemployment) to intensive employment policy (employment according to the objective needs of the work process, overall economy and organization of work).[9] As a result of this transition, under the auspices of the 1965 economic reform, Yugoslavia faced a growing problem of unemployment, and managing emigration of domestic workers was supposed to contribute to overcoming it.[10] Therefore, bilateral agreements concluded with most European countries and Australia regulate the establishment and prerogatives of agencies that recruit workers for employment abroad, send offers from foreign employers to domestic workers in surplus occupations, conduct professional training of workers for certain jobs, inform workers about working conditions abroad etc. In addition, we should mention the Agreement on Recruitment and Temporary Employment of Citizens of the Republic of Serbia in Germany, which was signed in 2013 with the Federal Employment Agency (*Bundesagentur fur Arbeit* /*BA*/). It is an agreement that covers employment of nurses and technicians from Serbia in health care institutions throughout Germany, under the „Triple Win" project, which is jointly implemented by NES, German Organization for International Cooperation (*GIZ*) and German International Placement Services (*ZAV*).[11] From 2013 to 2019, a total of 784 nurses and caregivers from Serbia were recruited through the "Triple Win" project. At the time the Agreement was entered into, there was no deficit of healthcare workers in the Serbian labour market, however, that is no longer the case, which is why it is rumoured that the Serbian side will initiate the termination of the Agreement, although interested healthcare work-

9 D. Paravina, "Socijalni i pravni položaj jugoslovenskih radnika zaposlenih u inostranstvu", Zbornik Pravnog fakulteta u Nišu, no. 12/1973, p. 150.

10 P. Jovanović, *Radno pravo*, 7th edition, 2015, p. 108.

11 Serbia was the first country to sign this type of agreement with Germany. *GIZ* is in charge of getting the selected healthcare workers ready to go to Germany and providing them with the initial support, in order to facilitate their integration into the new work environment and the German society. On the other hand, it is the duty of the *BA* to check the credibility of the employers before starting the recruitment process, as well as to prepare the bilingual employment contracts. In addition, under the auspices of the project, Serbian workers are provided with assistance related to language and professional preparations and keeping up with their departure to Germany and integration.

ers will still be able to get employment in Germany through other accredited employment agencies. This is the only bilateral agreement concluded by the Republic of Serbia applicable to healthcare workers. Although its personal scope primarly covers nurses and technicians, it has been applied to medical doctors as well, whenever there is a possibility for them to get employment in Germany through NES. On the other hand, a great number of healthcare workers migrated to work or search for work abroad without mediation of NES, i.e. at their own initiative or with mediation of German employment agencies. Also, it should be mentioned that at faculties of medicine of Universities in Serbia, there is a possibility to attend courses that are taught entirely in English. On the other hand, health-care workers who, after specialization which costs were borne by their employer, initiate the termination of employment contract because of their migration, are deem to be in the breach of the obligation stipulated by Health Care Law to perform the work for the public health-care institution in period which is twice longer than the period of specialization.[12] These workers have to compensate the costs of their specialization (costs of scholarship, specialization exam, issuing diploma etc, without the costs of wages that were paid to them durig specialization), like all other health-care workers who failed to work for public health care institution during prescribed period of time.[13]

Ministry of Labour, Veterans and Social Affairs and NES in cooperation with *GIZ* implemented the Migration & Diaspora program, which enables the exchange of experiences of institutions in Serbia and Germany in the field of regular migration. This is especially useful for the Serbian side, due to the efforts of the Ministry to, by implementing the Strategy on Economic Migration for the period 2021-2027, build and strengthen institutional capacity critical for regular migration, as well as harmonize the education system with the needs of the economy, and create conditions for monitoring, encouraging and supporting circular and return migrations. A network of seven migration service centres has

12 Health Care Law (*Official Gazette of the RS*, no. 25/09), Art. 175, paras. 7-8.

13 Some public health-care institutions whose employees failed to fulfill the obligation to work for the institution in period which is twice longer than the period of specialization, claimed from their employees to compensate, along with costs of their specialization, the damage caused to institution by preconceived termination of employment and by the fact that institution could not engage other health-care worker during the period of time for which migrant health-care worker was expected to perform working tasks. Also, in some cases, Serbian Medical Chamber did not wanted to issue a ceritficate about a period of employment of migrant health-care workers without the payment of compensation of costs of their specialization, which in some cases resulted in bringing proceedings before the court.

been established as a part of NES, which provide migrants and persons interested in migration with information on their rights, visa procedures and work and residence permits, as well as employment opportunities abroad and migration risks. One of their activities is also the referral of immigrants, readmission returnees and asylum seekers in the process of integration in Serbia, to relevant local institutions, in order to effectively exercise their rights.

Finally, we should not lose sight of the fact that Serbia has been facing an increasing influx of *asylum seekers* in recent years, because, for many migrants, including irregular migrants from Africa, Afghanistan and the Middle East, who seek to reach other EU Member States through Greece, Bulgaria and Romania, Serbia is simply in their path. In this regard, it should be noted that the Amendment to the Law on Employment of Foreigners of 2019 takes into account the changes that have occurred in migratory movements, especially considering the needs of asylum seekers and people who were granted asylum, since employment is one of the pillars of their integration into the community: even though these people did not leave their country for work related reasons, they still need to have the right to work, as soon as they reach a safe environment. This is crucial because until the Law on Employment of Foreign Nationals came into force, conditions in Serbia for effective enjoyment of freedom of access to the labour market for these categories of migrants were not met. This is mostly because a personal work permit could only be issued to foreigners who were granted asylum and persons with refugee status, while the remaining categories of foreigners under international protection did not have the opportunity to exercise the right to work by entering into employment relationship.[14]

The sensitive position of *irregular migrants*, however, hasn't been recognized in the Law on Employment of Foreign Nationals, which only regulates sanctions for employers who employ such persons.[15] *Irregular migrants hold a delicate position* insofar as other regulations do not recognize the need for their special protection, or their right to access the labour market, nor do they recognize the instruments that facilitate settlement of overdue claims that they may have against employers in cases of labour exploitation and other forms of abuse.

Finally, we should also note that Serbia is located in an area that is traditionally known for having a large number of *emigrants*. The last decade of the

14 B. Latković, G. Grujičić, *Pristup tržištu rada tražilaca azila i lica kojima je priznat azil*, 2018, p. 3.

15 Law on Employment of Foreign Nationals, Art. 34-36.

19th and the first few decades of the 20th century were characterized by overseas migrations of the local population. Migratory movements continued in the second half of the last century, when a large number of Yugoslav citizens went to European countries for temporary work, with chain migrations of their family members.[16] The aforementioned bilateral employment agreements facilitated the employment of Yugoslav citizens, primarily in the Western Europe, as well as certain African countries, which became a destination for temporary work in the 1980s. The 1990s were also marked by an intense wave of emigration,[17] although this period is also known for the arrival of a large number of refugees from the former Yugoslav Republics.[18] The trend of departure of Serbian citizens continued in the last decade and significantly affected Serbian migration policy.

16 Until 1971, the records of Yugoslav citizens temporarily working and residing abroad were particular, based on different methodology, and didn't allow for a realistic estimate of the total number of citizens working abroad. It was the 1971 census that for the first time tallied, in a comprehensive manner, persons working/residing abroad (203.981 citizens of the Socialist Republic of Serbia were recorded as working abroad, which accounted for about 2.8% of the total population of this republic within the SFRY). Government of the Republic of Serbia, *Migration profile of the Republic of Serbia for 2010*, p. 12.

17 According to the 2002 census, 414.839 persons were recorded as working/residing abroad, which accounted for about 5.3% of the total population of the Republic of Serbia (in the country and abroad). We've witnessed a decline over the last twenty years in the number of Serbian citizens working in the countries that traditionally receive migrant workers (primarily Sweden and France, and other Western European countries), with a proportional increase in interest of migrant workers in new destinations, such as Hungary, the Russian Federation and Great Britain. Besides, employment of Serbian citizens in Canada, USA and Australia has intensified, propelled by their somewhat more liberal immigration regulations, as well as the mass departure of young and highly educated workers from Serbia. Moreover, in second decade of 21st century, participation of highly educated persons in the emigrants population is 11 times higher than it was in 1970s (*Stanje i perspektive politike zapošljavanja mladih u Republici Srbije*, 2017, p. 12). It should also be noted that Serbian legislation specifically recognizes the "Diaspora", which includes citizens of the Republic of Serbia living abroad and Serbian people, emigrants from the territory of the Republic of Serbia and the region, and their descendants. Although there is no precise information on the size of the Diaspora, estimates by the Serbian Ministry of Religion and Diaspora since 2012 indicate that it could be as large as 4 million people. Acc. to: *Migration profile of the Republic of Serbia for 2010*, p. 13.

18 The 2002 census results showed that the Republic of Serbia had a little over 762.000 immigrants from the former Yugoslav republics Bosnia and Herzegovina, Croatia, Slovenia and Macedonia, which accounted for 22.2% of Serbian migrants. *Migration profile of the Republic of Serbia for 2010*, p. 13.

2. EMPLOYMENT OF FOREIGNERS IN THE REPUBLIC OF SERBIA – KEY LEGAL ASPECTS[19]

Republic of Serbia tends to protect its national interests by enacting regulations in the field of migration and by managing migrations in its own territory, which is why the position of migrant workers is at an intersection between immigration and labour law. In this regard, we should keep in mind that the Constitution states that "the Republic of Serbia is a state of Serbian people and all citizens who live in it", and that "pursuant to international treaties, foreign nationals in the Republic of Serbia shall have all rights guaranteed by the Constitution and law with the exception of rights to which only the citizens of the Republic of Serbia are entitled under the Constitution and law".[20] Constitution also states that the generally accepted rules of international law and ratified international treaties constitute an integral part of Serbian legal system. In 2004, Serbia signed the International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of their Families, but has not ratified it to date, while the following are among the ratified conventions: Refugee Convention; Convention relating to the Status of Stateless Persons; International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination; International Covenant on Civil and Political Rights; International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights; ILO Migration for Employment Convention (Revised) No. 97 (with the exception of Annex III); ILO Migrant Workers Convention No. 143; and Revised European Social Charter.

On the other hand, provisions of Labour Law apply to all employees working in the territory of the Republic of Serbia, including foreign citizens and stateless persons, unless otherwise provided by law.[21] A foreign citizen or a stateless person may enter into an employment relationship under the conditions established by Labour Law as well as special laws.[22] Regulating the conditions and

19 This chapter is based on article Lj. Kovačević, "L'emploi de ressortissants étrangers en République de Serbie", Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale, no. 1/2020, pp. 206-211.

20 Constitution of the Republic of Serbia (*Official Gazette of the RS*, number 98/2006), Art. 1 and 17.

21 Labour Law (*Official Gazette of the RS,* no. 24/05, 61/05, 54/09, 32/13, 75/14, 13/17, 113/17 and 95/18), Article 2, paras 1 and 4.

22 *Ibid.,* Article 29. Foreigners enjoy same individual as well as collective labour rights. Officials of two repesentative trade unions – Confederation of Autonomous Trade Unions of Serbia (*SSSS*) and United Branch Union "Independance" (*UGS `Nezavisnost`)* told the co-authors of this article that they lack information about migrant workers unionisation and their membership in trade unions branches.

requirements for establishing employment with foreigners, as well as restrictions for their employment, is closely related to the circumstances and needs in the domestic labour market (in general and/or in certain occupations), as well as the goals of the migration, demographic, economic and employment policy. Legal entry into the territory of Serbia is, thus, a prerequisite for establishing an employment relationship with a foreigner. Regarding the conditions for his/her employment, *a dual permit regime* applies, which means that a foreigner can enter into an employment relationship only if he/she fulfils two cumulative conditions. The first one is the possession of a temporary or permanent stay permit for the Republic of Serbia and the second condition is the possession of a work permit.[23] *Stay permits* are issued by the Ministry of Interior in accordance with the Law on Foreigners,[24] where they check for obstacles for stay in Serbia, such as being a threat to the public order or public health and safety. In addition, this condition for employment of foreigners is aimed at checking if he/she has the financial means to support himself/herself and his/her family members during their stay in Serbia. On the other hand, *a work permit* is a legal document on the basis of which a foreigner may be employed in Serbia and is issued by the NES. Personal work permit is issued at the request of a foreigner and a work permit is issued at the request of an employer.

A personal work permit, which allows a foreigner to freely take employment, be self-employed or exercise unemployment rights, can only be issued in the following three cases: a) if a foreigner has a permanent stay permit; b) if a foreigner has refugee status; c) if a foreigner belongs to a special category. The last case, more precisely, applies to asylum seekers,[25] persons granted temporary protection, victims of trafficking and persons granted subsidiary protection. This is important because the aforementioned categories of foreigners are now treated the same as foreigners who have been granted permanent stay, in terms of their opportunity to independently enter the Serbian labour market through job search and employment, which significantly reduces their dependence on the employer

23 In addition to the restrictions on employment of foreign workers, protection of national interests is ensured with a ban on their employment in state authorities. Law on Civil Servants (*Official Gazette of the RS,* no. 79/05, 81/05, 83/05, 64/07, 67/07, 116/08, 104/09, 99/14, 94/17, 95/18 and 157/20), Article 45, paragraph 1.

24 *Official Gazette of the RS*, no. 24/18 and 31/19.

25 For example, 5.702 people intended to seek asylum in Serbia in 2017, but only 280 requests for asylum were submitted to the authorities. This happened because majority of people who stated their intention to seek asylum never submitted their requests because they left Serbia in the meantime and because some were placed into transition centres, without proper legal procedure.

and the risk of employers' abuse of prerogatives in the hiring process, as well as employment. However, there is *an obligation to pay an administrative fee*, which can be a serious burden for many asylum seekers and persons who were granted asylum. Although, in some cases, this fee will be covered by the organization providing legal assistance to asylum seekers, it would be fairer to eliminate this obligation for asylum seekers and persons who were granted asylum, especially given their financial situation and the size of the fee.[26] In addition, there is a need to improve the procedure for recognizing foreign diplomas for these categories of foreigners (especially given the duration and cost of this procedure), as well as to create conditions for learning Serbian, as not knowing the language of the host country reduces their chances to find and retain employment.

In addition, a personal work permit is issued for the purpose of family reunification, at the request of a member of the immediate family of a foreigner with permanent stay visa, as well as at the request of a member of the immediate family of a foreigner who has refugee status and who has been issued a permanent or temporary stay visa. The same applies to foreigners who are members of the immediate family of a Serbian citizen as well as to foreigners of Serbian descent to the third degree of lineal kinship. In each of these cases, a work permit is issued to a member of a foreigner's immediate family for the duration of the stay visa.

On the other hand, a foreigner with a *work permit* in the Republic of Serbia can only do the jobs for which he/she has been granted a permit for employment, self-employment or special employment cases (employment of foreigners posted by their employer to temporarily work in Serbia, movement of foreigners within a company registered abroad, and employment of independent professionals). A foreigner can perform working tasks just for the employer at whose request his/her work permit is issued. The employer cannot assign a migrant worker to work for another employer.[27] If migrant worker performs the job for which he/she has not been granted a permit, his/her work permit shall be annulled.[28] Also, temporary employment agencies are not allowed to assign migrant workers to work for user and under the user's supervision, because work permit is issued only for performance of a job for employer who requested a work permit. However, these rules do not apply to migrant workers with personal work permit, since their position is equated with the labour law position of domestic workers.

26 B. Latković, G. Grujičić, pp. 3-4.

27 Law on Employment of Foreign Nationals, Art. 15, par. 1, point 1.

28 *Ibid.*, Art. 29, par. 1, point 1.

A work permit may be issued to a foreigner who has a temporary stay visa and fulfils all the employment conditions established by the employer's act on organization and systematization of jobs. This permit is issued for the planned period of employment, or, at most, for the duration of the temporary stay visa.[29] The dual permit regime has further limitations, including requirement stating that it wasn't possible to find among domestic workers someone with necessary qualifications for the job, ten days before submission of the request for a permit, or, in special cases, within an even shorter timeframe. The same applies if an employer, during the aforementioned timeframe, couldn't find suitable candidates for the job amongst the people who have free access to the labour market, or amongst the foreigners with a personal work permit who are in the NES database. The lawmakers even went a step further regarding work permits for employment, by requiring that the employer, prior to submitting the request for a work permit, hasn't laid off workers due to technological, economic or organisational changes in jobs for which work permits have been requested. However, the Government may decide to *limit the number of foreigners who are issued work permits*, in the event of disruption in the labour market, in accordance with the migration policy and the movements in the labour market. *The quota* can be established at the proposal of the ministry in charge of employment, with previously obtained opinion of the Social Economic Council and the NES. However, the quota will not apply to a foreigner, or an employer hiring said foreigner, who submitted the request for a personal work permit, unless it is issued at the request of a special category of foreigners or for movement within a company.

The possibility of issuing a work permit to a foreigner who has been granted a long-stay visa based on employment also contributes to the improvement of the procedure for issuing work permits to foreigners. This solution was included in the Amendment to the Law on Foreigners from 2019, and it concerns the simplification of the procedure for granting a temporary stay visa as well as a

29 In 2019, the highest number of foreign workers with temporary stay in Serbia came from China (3.040), Russia (2.749) and Turkey (762). As for the permits issued to foreigners with permanent stay, Chinese citizens had the highest number of permits issued (109), Russian citizens held second place and citizens of North Macedonia third place. Near the end of 2019, there were 703 unemployed foreigners registered at the NES, which is 0,14% of the total number of unemployed in the Republic of Serbia (81,37% of unemployed foreigners are women and 73,51% of them are persons without any formal education and persons with a primary school degree). Acc. to: *Migration profile of the Republic of Serbia for 2019*, pp. 12-17.

long-stay visa based on employment. The employer is, in fact, allowed to initiate the procedure for issuing a work permit before the NES, during the procedure for granting a long-stay visa based on employment which is conducted before the relevant diplomatic/consular mission.[30] Work permit issued on the basis of a long-stay visa based on employment is issued for the duration of the visa, at the longest.

Finally, we should bear in mind that, in the spirit of the provisions of Directive 2004/38/EC, EU citizens will have free access to the Serbian labour market from the date of accession into the EU, unless an international treaty that is binding for Serbia does not provide otherwise. The same goes for family members of EU citizens, who are non-EU nationals but hold a temporary or a permanent stay visa in those countries, which proves their right to free access to the labour market. The aforementioned persons will not need a work permit to get a job in Serbia, but they must have sufficient resources to support themselves and their family members. EU citizens, as well as their non-EU family members shall have free access to the labour market in Serbia even if they, through no fault of their own, lose their jobs, provided that their employment in Serbia lasted for at least one year, that they are in the NES register, and that they are involved in further education and training programs. On the other hand, in the spirit of the provisions of Directive 96/71/EC, an employer with a domicile in an EU Member State, a Member State of the EEA or the Swiss Confederation, will be able to post a non-EU foreigner to work in the Republic of Serbia without a work permit. This possibility is conditioned by the requirement that a contract has been concluded with the employer or the end user of the services, and that an employment contract has been concluded with a foreigner posted to work in Serbia. In addition, an act on posting for temporary work in Serbia must be drafted and must establish how the rights and obligations of the employee

30 This is important due to the fact that the NES will be informed, based on the direct exchange of official information with the diplomatic or consular representatives, that the conditions for issuing a work permit to a foreigner have been met. This will significantly speed up the procedure for issuing work permits and enable foreign nationals to start working as soon as they arrive in Serbia. This is important when hiring highly qualified experts, who are working in positions of interest for Serbia. The solution described is very much in the spirit of jurisprudence of the European Committee of Social Rights, which has deemed the possibility to obtain a stay visa and a work permit by submitting a single application, and to do so within a reasonable amount of time, as the biggest contribution to the simplification of formalities related to employment of foreigners. Conclusions XVII-2, Germany; Conclusions XVII-2, Portugal, *Digest of the case law of the European Committee of Social Rights*, p. 176.

will be regulated, as well as their accommodation and board during their stay in Serbia. The foreigner must have a stay visa and a work permit in the country where the foreign employer is domiciled.

Special conditions for employment of foreigners do not apply to a foreign national who, during his/her stay in Serbia, is engaged in employment for *seasonal jobs*, in accordance with the Law on Simplified Employment in Seasonal Jobs in Certain Economic Sectors[31]. The aforementioned law only regulates work engagements without entering into an employment relationship. More specifically, it refers to migrant workers who were hired for seasonal jobs in agriculture, forestry and fishing, who don't have to have a work permit.

Finally, it should be noted that there are no special programs for low skilled migrant workers or highly skilled migrant workers. Serbia has not entered into agreements that promote and facilitate migration of skilled labour. Therefore, the same rules contained in the Labour Law and the Law on Employment of Foreigners shall apply to all migrant workers, regardless of their education and skills. This means that access to certain labour rights won't depend on the migrant's country of origin, his/her education and occupation, or employment contract type. Migrant workers who have academic qualifications won't get beneficial treatment with regards to recognition of acquired professional qualifications, and, if they need them to work in Serbia, will have to initiate a procedure for recognition of acquired qualifications, in accordance with the Law on National Qualifications Framework in the Republic of Serbia[32], which allows recognition of formal, non-formal and informal education acquired through different forms of education of adults. In this regard, most foreigners who work in Serbia, who have acquired higher education abroad, do not need nostrification of their diplomas in order to obtain a work permit. Namely, recognized foreign qualifications are not a requirement for obtaining a work permit, unless it is for employment in health care institutions. This is a regulated profession, and in order to protect public interest, certain restrictions of the right to work were introduced, and foreign healthcare workers, in addition to the employment requirements that must be met by all foreigners, must meet special requirements determined by the Health Care Law, including temporary license.[33] Furthermore, National

31 *Official Gazette of the RS*, no. 50/18.

32 *Official Gazette of the RS*, no. 27/18 and 6/20, Art. 9.

33 Temporary license is issued to foreign healthcare workers, if they meet the following requirements: 1) that they have received a written invitation from a healthcare institution for temporary or

Assembly of the Republic of Serbia passed the Law on Regulated Professions and Recognition of Professional Qualifications,[34] which entered into force on 26th September 2019, and will be applied from the date of accession of Serbia to the EU.

3. RISK OF LABOUR EXPLOITATION OF MIGRANT WORKERS

Following the outbreak of the epidemic, the public in Serbia was alarmed by the news of a possible exploitation of work of a group of workers from India, whose vulnerable position was used to make a profit, as these workers had no alternative but to continue working in degrading conditions. Their vulnerable position stemmed from their difficult financial situation, and exploitation of their work consisted of violations of their labour rights and other human rights. The case, more precisely, refers to 150 workers from India who were hired to work for a Serbian construction company that participated, as a subcontractor, in the implementation of government capital infrastructure projects, such as the construction of a high-speed railway between Belgrade and Budapest, Corridor 11 and the Cortanovci viaduct.[35] The workers were hired on the basis of contracts signed in their home country with a company based in the US, with a branch in Serbia. The American company (employer) sent these workers to work for their branch – a construction company in Serbia, based on the agreement on business and technical cooperation between the two companies, whereby the owner of the Serbian construction company also served as its Director, and as the Director of the aforementioned US company. From May to July 2019, workers arrived in groups from India, and, depending on the needs of the company, were assigned to work in different places throughout Serbia, prior to which they had their passports confiscated. They were provided with accommodation in prefabricated barracks and small containers, with electricity and water occasionally running out, and food that was often scarce. The working conditions were undignified as well. This is mostly a reference to their wages, as they were partly

occasional performance of healthcare activities; 2) that they possess a license or another suitable document issued by the relevant authority in state in which they have a residence; 3) that they use healthcare technologies used in Serbia, or technologies not used in Serbia that are licensed to be used in Serbia as new healthcare technologies and apply treatment methods and procedures, medicinal products and medical devices in accordance with regulations on healthcare.

34 *Official Gazette of the RS*, no. 66/19.

35 The circumstances of the case have been described in the text "Slučaj radne eksploatacije radnika iz Indije u Srbiji", *https://www.astra.rs/slucaj-radne-eksploatacije-radnika-iz-indije-u-srbiji/*, 3.11.2020.

paid through "cash in hand" payments, with the amount barely enough to meet their basic needs (around 40 Euros a month), while the remaining wages were paid to their families in India, in an effort to avoid banking charges. In addition, the employer had absolute freedom to initiate termination of employment, without any restrictions related to the standards for valid (justified) reasons for termination and right to notice. Also, the employer could impose draconian fines on workers (for example, a fine of four per diems for absenteeism, a fine of 90% of their wages for participating in a strike, or 1.5 times their wages for organizing a strike). In addition to insufficient means for subsistence or funds to return home (employer was not obliged to reimburse the cost of a plane ticket in case of termination of engagement before expiration of the contract), the position of the migrant workers was very delicate because they didn't speak Serbian, and only a few of them spoke basic English.

Following an inspection, the labour inspectorate filed two misdemeanour charges against the company: one for hiring several workers without a work permit (i.e. for failing to apply for such permit) and the other for not having the necessary documentation for workers on the site. However, the labour inspection stated that it wasn't in their jurisdiction to take action regarding undignified working conditions, as these workers were, in accordance with the agreements on basis of which they were hired, subject to US regulations, as the company who sent the workers to Serbia is headquartered there. It took several months for the Ministry of Interior to react to a number of reports that were submitted regarding this case, which resulted in the passports being returned to the migrant workers.[36]

In early 2020, 70 of these migrant workers went on strike, some of them on a hunger strike, demanding that their claims be settled and that they be allowed to return to their home country. Under such pressure, the construction company bought plane tickets to India for 25 workers on strike, but instead of paying their full unpaid wages, paid them only 50 Euros, while the remaining workers were promised that unpaid wages would be paid if they continued to work. The director of the American company and its branch in Serbia rejected all the allegations of the workers, explaining that none of them complained about the accommodation, that the workers initiated termination of employment before

36 S. Dragojlo, "Pod kojim uslovima Indijci grade srpske puteve?", *https://www.istinomer.rs/analize/pod-kojim-uslovima-indijci-grade-srpske-puteve/*, 31.10.2020.

expiration of their contracts, that due wages were paid and that the employer covered the costs of their accommodation, food and health insurance for the duration of their stay in Serbia, even after they terminated their employment. The Director also claimed that the workers on hunger strike would come to the plant every day to eat, and then return to the building of the Municipality of Kraljevo to continue their strike. In her opinion, the workers went on strike because they heard that during the state of emergency which was declared because of COVID-19 epidemic outbreak, minimum wages were paid to everyone in Serbia, and demanded that they be paid the same, even though they had previously initiated termination of their contracts. The case ended with the return of Indian workers to their home country immediately after the re-opening of flights to India, with the employer covering the cost of plane tickets, but not paying the workers all of their due wages.

This case once again highlights the serious challenges that accompany the enjoyment and protection of the rights of migrant workers, and the importance of workers' organizing in order to create pressure that, if strong enough, can stop labour exploitation and help them protect their rights.[37] On the other hand, it is not easy to evaluate the actions of the labour inspection, primarily because we never had insight into the contracts on the basis of which migrant workers were hired and from the data available in the media we cannot conclude with certainty what's the legal nature of these contracts. Some sources say that they were employment contracts, while others indicate they may be independent contractor agreements.[38] Based on available data, it can be indirectly concluded that there were basic elements of the employment relationship between the workers and the employer, primarily legal subordination, expressed in the fact that the employer organized, managed and supervised the work of workers. Also, the employer had the authority to impose fines for certain violations of work obligations and violations of work discipline, and we know that disciplinary prerogative represents a unique form of punishment in private contractual relations, i.e. the prerogative of one of the contracting parties to discipline the other party for improper and negligent performance, immediately after the violation,

37 *Cf.* M. LeVoy, E. Geddie, "Irregular Migration: Challenges, Limits and Remedies", Refugee Survey Quarterly, no. 4/2009, p. 108.

38 M. Reljanović, "Dole suverenitet, živela eksploatacija!", *https://pescanik.net/dole-suverenitet-zivela-eksploatacija/*; L. Marinković, "Radnici iz Indije i Srbija: Jeftina radna snaga za koju ne važe svi srpski zakoni o radu i zapošljavanju stranaca, smatraju stručnjaci", *https://www.bbc.com/serbian/lat/srbija-51401999*, 3.11.2020.

is specific only to the employment contract. Hence, we can conclude that, if the workers were really hired on the basis of a contract that does not establish an employment relationship, this was a matter of false self-employment, i.e. there was room to apply the principle of primacy of facts and establish employment. In this case, just as if they had entered into an employment contract, these workers had to have been provided with the protection enjoyed by all workers working in the territory of Serbia, in accordance with the Law on Employment of Foreign Nationals and the Labour Law, whose application is supervised by the labour inspection. Any other conclusion would have opened the door to a dangerous precedent, according to which employers could reduce labour costs in a relatively comfortable way (by establishing a company in a country with lower protection of workers, which would then send workers from a third country to work in Serbia), without fear of labour inspection applying corrective and repressive measures due to violations of labour rights. Especially because, due to the outflow of labour from Serbia, construction companies find it harder and harder to satisfy their needs for workers amongst its citizens, which is why foreigners are increasingly hired for jobs in this industry. At the same time, it should be noted that employers prefer hiring migrants, precisely because they know that, due to their intense dependence on employers, they can be treated less favourably than Serbian citizens.

4. STATUS OF MIGRANT WORKERS IN TIMES OF COVID-19 EPIDEMIC OUTBREAK

In Serbia, COVID-19 epidemic outbreak was accompanied with many measures of importance for the world of work. The nature and content of these measures reflected different approaches of the state to the epidemic which were on the scale from most relaxed to most restrictive.[39] According to official data, "patient zero" in Serbia was registered on 6 March 2020, and on 15 March 2020 state of exception (state of emergency) was declared in order to suppress the infectious disease, and later the restriction of freedom of movement was introduced.[40] Upon declaration of the state of emergency, a great number of

39 See: I. Krstić, M. Davinić, "Serbia: Legal Response to COVID-19", in: J. King, O. Ferraz (eds), Oxford Compendium of National Legal Responses to COVID-19, *https://oxcon.ouplaw.com/view/10.1093/law-occ19/law-occ19-e7?rskey=aRhuzH&result=14&prd=OCC19*.

40 Decision on Declaration of the State of Emergency (*Official Gazette of the RS*, no. 29/20). On March 16 2020, the Decree on Measures During the State of Emergency (*Official Gazette of the RS*, no. 31/20, 36/20, 38/20, 39/20, 43/20, 47/20, 49/20, 53/20, 56/20, 57/20, 58/20, 60/20

Governmental regulations co-signed by the President of the Republic were adopted. On the basis of these regulations, different measures were introduced as instruments for the functioning of the state and the economy in the context of the epidemic. After more than 50 days, the National Assembly of the Republic of Serbia issued a Decision on lifting the state of emergency, effective as of 6 May 2020.

Upon declaration of the state of emergency, important measures to ease the situation of migrant workers regarding their temporary residence and work permits were adopted. Namely, the Directorate for Administrative Affairs within the Ministry of Interior did not receive any requests for the extension of personal documents. All expiring personal documents of Serbian citizens were considered valid while the Decision on Declaration of the State of Emergency was in force. This also applied to all foreign nationals who needed to extend temporary residence in the Republic of Serbia. On the other hand, a work permit issued to foreigners under the Law on Employment of Foreigners, which has expired or was due to expire during the state of emergency, was deemed valid while the Decision on Declaration of the State of Emergency and/or the Decision Concerning the Validity of Work Permits Issued to Foreigners During the State of Emergency[41] were in force. More precisely, it was not necessary to reapply for temporary residence and work permits should they expire during the state of emergency, as they were deemed valid under the Government Decision. Among much else, this was very important for laid-off migrant workers who would otherwise confront the expiration of their work permits and the risk of being unable to return to their families.[42] Also, in accordance with ILO Convention

and 126/20) introduced the ban on transportation of passengers by air and by road. Three days later, Decision on Closing All Border Crossings for Entry into the Republic of Serbia (*Official Gazette of the RS*, no. 7/20) stipulated an entry ban on all foreign citizens, as well as mandatory referral to isolation after entry for domestic citizens and foreign citizens who had been granted temporary or permanent residence in Serbia. Since 21 May 2020, border crossings have been reopened, while the Government only changed the regime for passengers entering from countries with a high level of risk. However, the Government decided that all foreign passengers arriving into Serbia will need to have a negative RT-PCR test for SARS CoV-2, while citizens can have either a negative test, or undergo a mandatory quarantine.

41 *Official Gazette of the RS*, no. 43/20.

42 *COVID-19 and World of Work: Impacts and Responses*, 2020, 9. Like other workers in Serbia, foreigners who were fired due to the economic consequences caused by the epidemic are entitled to unemployment benefits, if they have had insurance for 12 months. The same applies to foreigners who lost their jobs unwillingly and through no fault of their own, provided that they are registered by the NES, actively seek employment, have a valid work permit and a temporary or

No.143, which is ratified by Serbia, migrant workers who have resided legally in the territory for the purpose of employment, shall not be regarded as being in irregular situation for the mere fact that they have lost their employment as a result of the economic impact of COVID-19, i.e. the loss of employment does not in itself imply the withdrawal of the authorization of residence or the work permit.[43]

The Decision on Temporary Restriction of Movement of Asylum Seekers and Irregular Migrants Accommodated in Asylum and Reception Centres in the Republic of Serbia is also very important for the position of migrant workers.[44] It restricted movement of asylum seekers and irregular migrants, and increased supervision and security in 17 asylum and reception centres, guarded by the Serbian Army, which, according to the Commissioner for Refugees, at the time of the declaration of the state of emergency, held around 6,000 migrants.[45] Leaving the facilities was allowed only in exceptional and justified cases (e.g. provision of health care), with a special, time-limited permit from the Commissariat for Refugees and Migration. Regarding the measures introduced by this Decision, the civil society organisation "Initiative for Economic and Social Rights A11" filed a complaint with the Commissioner for Protection of Equality against the Government for discrimination against refugees, migrants and asylum seekers based on legal status, origin and place of residence, by explaining that anyone can be a carrier of the corona virus, that there are no confirmed cases of the virus among the population of refugees, migrants and asylum seekers, and that the persons in this category living in private accommodation are not subject to any special movement restrictions.[46] The Commissioner for Protection of

permanent residence on the territory of Serbia. In this regard, it's justified to ask if foreigners can in fact meet the requirements for unemployment benefits, since they are obliged, after expiration of their temporary residence and their work permits, to leave Serbia within 15 days from the date of expiration of temporary residence.

43 ILO Migrant Workers Convention, 1975 (No.143), Art. 8, par. 1.

44 *Official Gazette of the RS*, no. 32/2020.

45 In a statement to the media, the Commissioner for Refugees welcomed the Decision, explaining that it has "the force of a directive and gives the opportunity to treat differently those who are not in the centers at the moment but will certainly be collected and referred to the centers, or assembly points, where they will be examined and triaged within the overall set of measures to prevent the spread of the virus". "Privremeno ograničeno kretanje azilanata i migranata", *https://www.rtv.rs/sr_lat/drustvo/privremeno-ograniceno-kretanja-azilanata-i-migranata_1103573.html*, 2.11.2020.

46 Acc. to: "Izbeglice, tražioci azila i migranti nezakonito i arbitrarno lišeni slobode na osnovu diskriminatornih kriterijuma", *https://www.a11initiative.org/izbeglice-trazioci-azila-i-migranti-nezakonito-i-arbitrarno-liseni-slobode-na-osnovu-diskriminatornih-kriterijuma/*, 1.11.2020.

Equality requested from the plaintiff amendments to the case, but did not decide on it, as her mandate expired on 26 May 2020, and was only renewed on 26 November 2020. This was a consequence of a failure to elect the new Commissioner in a timely manner and prior to parliamentary elections. The state of emergency further contributed to this delay. Consequently, the institution of the Commissioner, handled only current operational tasks of receiving and filing complaints, but the handling of complaints could not be completed until the new commissioner takes office. Finally, this means that, for six months, there has been no possibility for protection against discrimination before this independent controlling institution.

When it comes to the issue of enjoyment and protection of labour rights during the epidemic, migrant workers enjoy the same rights and protections as other workers in the Serbia. However, *adverse effects of the epidemic crisis are not distributed equally*. They are being felt most by those who already belong to *the most vulnerable groups such as the working poor and informal workers*, who are usually overrepresented among migrant workers.[47] Namely, epidemic crisis is resulting in the deterioration of working conditions that are already exploitative, moving migrant workers further along the vulnerable situation. This is especially true for *migrant workers who work in the informal economy*, i.e. perform paid work that is not declared, regulated or protected in accordance with applicable laws, as well as unpaid work in an income generating business, which in particular refers to work without an employment contract or other legal basis as well as failure to exercise (individual and collective) labour rights, and social security rights. We should also bear in mind that, unlike the countries in the region, Serbia has not adopted any measures aimed at supporting the workers in the informal economy.[48] This jeopardized their position, as many of them were left without means of subsistence, and we can safely assume that a large number of migrant workers who worked in the informal sector during the epidemic were deprived of adequate health and safety at work, due to the efforts of their employers to reduce labour costs and the fear of workers that they will face retaliation from

47 *Issue Paper on COVID-19 and Fundamental Principles and Rights at Work*, 2020, 11; V. Escudero, H. Liepmann, *Delivering Income and Employment Support in Times of COVID-19: Integrating Cash Transfers with Active Labour Market Policies,* 2020, 1.

48 S. Bradaš, M. Reljanović, I. Sekulović, *The Impact of the COVID-19 Epidemic on the Position and Rights of Workers in Serbia with Particular Reference to the Frontline and Informal Workers and Multiply Affected Workers Categories*, 2020, 42-43.

the employer if they request appropriate protective equipment or initiate proceedings for protection of their labour rights.

It is important to take into account the fact that under the obligation to adopt all possible measures to ensure occupational health and safety, employers in Serbia were obliged to enable employees to work outside the premises of the employer (work from home and telework), for all jobs where such work can be organised in accordance with the collective agreement, labour rulebook and employment contract.[49] However, this prerequisite was fulfilled in very few cases, because prior to the epidemic, many employers were hesitant to organize remote working, primarily for reasons of lack of their controlling prerogatives or stereotypes concerning reduced levels of commitment of workers working from home.[50] If not provided for in the aforementioned legal acts, an employer could render a decision allowing an employee to perform activities outside the employer's premises, if one unclearly defined criterion was fulfilled ("if the organisational conditions so permit").[51] In both cases, it was unclear what was the role of the consent of an employee in transferring to teleworking, i.e. it was unclear whether employees were subjected to an order from their employer to perform their duties from home, were they required to agree with it, at least with implicit consent, and were they entitled to the right to work from home to protect their health. Moreover, Government failed to develop a legal standard on how to supervise the work of an employee working from home and working remotely. Also, it was not clear whether or not workers had to have the proper equipment and space for teleworking, and many employers burdened their employees with costs that should've normally been borne by the employer. On the other hand, for an employer whose activity is of such nature that it is not possible to organise work outside the premises of the employer, there was an obligation to arrange shift work, to implement measures related to the hygienic safety of facilities and to provide sufficient quantities of protective equipment

49 Decree on the Organisation of Operations of Employers during the State of Emergency (*Official Gazette of the RS*, no. 31/2020).

50 *Cf.*: O. Vargas-Llave, I. Mandl, T. Weber, Mathijn Wilkens, *Telework and ICT-based Mobile Work: Flexible Working in the Digital Age*, 2020, 42; D. Mangan, E. Gramano, M. Kullmann, "An Unprecedented Social Solidarity Stress Test", European Labour Law Journal, no. 3/2020, 258.

51 According to official data, in 2019 in Serbia 133,927 workers worked from home. There is still no official data regarding the number of employees who, due to the epidemic, were asked to work away from the employer's premises. One recent analysis shows that in the majority of sectors work from home was impossible to organize, mostly due to the nature of the work. S. Bradaš, M. Reljanović, I. Sekulović, 36.

for employees. However, Government did not specify the maximum number of persons per shift nor the amount of protective equipment deemed sufficient for use by employees and other workers.[52]

For employers whose activities were intensively limited or forbidden during the state of emergency, the interruption of business operations had resulted in termination of temporary agency workers employment contracts as well as of civil and business law contracts on the basis of which many migrant workers were engaged without having the status of employees. Also, epidemic crisis caused termination of employment and unpaid leave in industries especially affected by the crisis: according to official figures, about 15,000 people lost their jobs from March to mid-June 2020.[53] With many of them, an agreement for termination of employment was concluded in order to circumvent the obligations deriving from the rules on collective redundancy (social program, notice period, severance payments, etc). On the other hand it was unclear how would the employees, whose employment contracts were terminated as a result of redundancy, be able to register with the NES, because the work of this institution was suspended.

Greater number of dismissals was limited via regulations providing benefits for employers that did not decrease the number of employees for more than 10% from the date of declaration of the state of emergency. This financial incentive for job retention was introduced in favour of all employees, including migrant workers.[54] However, these measures were introduced very late, since the first wave of dismissals marked the period immediately after the state of emergency was declared. On the other hand, there is a risk of some enterprises burdened by financial problems in the aftermath of the crisis, dismissing their workers or

52 I. Sekulović, *The COVID-19 Epidemic and Serbian Labour Rights*, 2020, pp. 4-5.

53 Acc. to: "Serbia: Lower Wages and More Layoffs", *Collective Bargaining*, no. 6/2020.

54 Serbian Government passed the Regulation on Fiscal Benefits and Direct Aid to Businesses in the Private Sector and Financial Aid to Citizens to Mitigate the Economic Impact of COVID-19 (*Official Gazette of the RS*, No. 54/20 and 60/20), which allowed postponement of payment of wage taxes and social security contributions incurred during the state of emergency until the end of 2020. As of January 2021 the businesses have an option to further postpone the payment of taxes and contributions by another 24 months with no interest. Regulation also stipulates employment retention measures, such as: a) all entrepreneurs and micro and small enterprises are entitled to grants in the amount equivalent to one minimum wage per employee (250 EUR/month), for each of the three months of duration of the state of emergency, provided that they haven't dismissed more than 10% of their employees; b) all large private enterprises who have been in position to refer the employees to the leave due to the discontinuation of work or work decrease during the state of emergency, can be granted upon request, compensation equivalent to the 50% of minimum monthly wages of the employees.

even relaxing their labour standards or being pushed into the informal economy, where it is easier to breach the rights of migrant workers.[55]

During the state of emergency, legal insecurity had been increased due to certain contradictory solutions contained in the Government acts, and the lack of activity of the competent authorities in further protecting the workers, or at least, timely notifying employers and their employees of their rights and obligations during the state of emergency. This problem was even more pronounced for migrant workers due to the *lack of information on Government measures during the state of emergency, as they weren't officially translated into languages that migrants understand* or made available in all collective accommodation facilities.[56]

On the other hand, social partners were not consulted in the process of designing the anti-crisis measures. A climate of trust, built through social dialogue and tripartism, could be essential in the effective implementation of measures to address the COVID-19 outbreak and its impacts.[57] In that sense, social dialogue at enterprise level is critical, as workers need to be kept informed, consulted and kept aware both as regards the impact on their own conditions of employment and as to the steps they can take for their own protection. All the more so due to the fact that the social partnership in Serbia is underdeveloped and access to social justice is difficult, because, among other things, labour inspection is burdened with numerous problems, the most significant of which is the low number and insufficient training of inspectors. A contributing factor is also the unclear structure of the inspectors' jurisdiction, which often results in cases being designated as outside of their jurisdiction. On the other hand, most of the labour disputes are solved before the courts general jurisdiction,

55 This is especially true for employers in wholesale and retail trade, accommodation, transport, food and beverages, service activities, forestry and logging, and crop and animal production, as sectors at high risk in terms of employment impacts in which workers are severely affected. Jobs that were curtailed only temporarily during the lockdown are increasingly at risk, as the health crisis continues. Over 700,000 workers in these sectors are at immediate risk because of the characteristics of their job (*COVID-19 and the World of Work: Serbia. Rapid Assessment of the Employment Impacts and Policy Responses*, 2020, 34).

56 M. Pajvančić *et al.*, *Gender Analysis of COVID-19 Response in the Republic of Serbia*, 2020, 25. This requirement is confirmed in the ILO Migration for Employment Recommendation (Revised), 1949 (No. 86), par. 5 (2). It is also in line with the WHO Considerations for Public Health and Social Measures in the Workplace in the Context of COVID-19 (Annex to Considerations in adjusting public health and social measures in the context of COVID-19), which asks that special attention be paid to reaching out to and engaging vulnerable and marginalized groups of workers, such as those in the informal economy and migrant workers.

57 *ILO Standards and COVID-19 (coronavirus)*, 2020 - Version 2.1, 7.

in lawsuits that last around four years on average, while the potential that the peaceful settlement of labour disputes can have on establishing and maintaining social peace is not being used nearly enough.

It seems difficult at this moment in time to assess the long-term impact of the epidemic on employment of migrant workers in the Republic of Serbia. However, bearing in mind that the number of foreigners employed in the Republic of Serbia is not particularly large in relation to the total number of employees, it is safe to assume that the reduction in the number of foreign workers, resulting from the outbreak, will not significantly affect the domestic labour market. On the other hand, the idea of helping a large number of Serbian nationals - *returnee circular and seasonal workers* with incentives to stay and work in Serbia (later refined to include all those who will not be able to move for temporary work outside Serbia last year), appears to have been dropped.[58] It would still be important to design some incentives for all those Serbian nationals who had work permits in a foreign country, since they are a mostly vulnerable population whose number is estimated by the ILO experts to be in the range of 150,000 potential migrants.[59]

58 *COVID-19 and the World of Work*, 48.
59 *Ibid*.

CHALLENGES TO LABOUR LAW AND SOCIAL SECURITY SYSTEMS LESS-SKILLED AND HIGH-SKILLED MIGRATION IN SOUTH KOREA

KWANG-TAEK LEE

Professor Emeritus of Law, Kookmin Univeristy, Seoul, President, ILO Association of Korea. Dr. jur Universität Bremen (Germany). Research Fellow, Akademie der Arbeit und Politik, Universität Bremen (1987-1988). President, Korea Institute of Industrial Society (1993). President, Korean Society of Labor Law (2003-2005). Executive Member, International Society for Labour and Social Security Law (2000).

ABSTRACT: After death of a Cambodia woman in a cold winter night in a greenhouse at a farm where she had been working, the government changed its position to the migrant workers' right to change workplace under the current Employment Permit System. The 17-year old system has been criticized for leaving workers vulnerable to abusive practices and even "slave-like" exploitation by employers. As a means of making up for decline in Korea's population, admitting more foreign workers is planned by the government. It plans to expand the issuance of F-2 (long-term residency) visas for foreign talented workers in promising sectors. In addition to the anti-discrimination campaign, we will meet new problem with the less-skilled migrants as well as the high-skilled migrants.

KEYWORDS: Employment Permit System, Skilled Workers, Immigration Policy.

1. RECENT INCIDENT IN SUBSTANDARD HOUSING

A migrant farm worker from Cambodia was found dead on Dec. 20, last year inside a vinyl greenhouse she had been living, The woman, 30, was not breathing when her colleagues tried to wake her up at a farm in a Province near Seoul, when the temperature dropped as low as to minus 20 degrees Celsius.

The initial autopsy result of the police showed that she had died of liver cirrhosis,

A total of five colleagues, including the deceased, were using the space as their dormitory. Three rooms, a restroom and shower facilities made of sandwich panels were built inside the greenhouse. Only the deceased spent the night before her death in the dormitory, where the heating system had been out of order. The other four slept elsewhere, unable to put up with the subzero temperature.

The woman, who entered Korea in March 2016 on a visa for low-skilled workers, began to work at the farm planting and reaping vegetables in October 2018. After working for 4 years and 10 months – the maximum length of stay allowed for the E-9 (non=professional employment) visa holders -- she was due to return home on Jan 10. An e-ticket for her flight was found inside the vinyl house.

Two days after the incident, the Ministry of Employment and Labor (MOEL) announced a decision, not to issue the employment permits to em-

ployers who offer temporary constructions such as vinyl greenhouses as accommodation for foreign workers.

According to recent data by the MOEL, some 5,003, or 31.7 percent, of the businesses using migrant workforce failed to meet minimum requirements for living standards for their foreign employees.

Since Jan. 1, the MOEL has not allowed employers who offer poor housing, such as sandwich panel structures, to employ foreign workers.

The ministry is also allowing employees who are already in makeshift dormitories to change their workplace, considering the fact that farm or fishery owners might not be able to improve living conditions immediately.

Migrant workers' groups welcomed such efforts, but pointed out that a change of workplace may not directly lead to a better living environment. Currently, most of the accommodation at local farms is substandard, temporarily built housing structures. Even if the workers are given the freedom to change their workplaces for better living conditions, they may only be moving from worse to bad.

On Feb. 2, the Ministry of Justice (MOJ) announced that employers and provincial governments hiring seasonal migrant workers this year would be banned from using vinyl greenhouses as living quarters for their employees.

Seasonal migrant workers, who come to the country for short-term work in the agricultural and fisheries sectors, are assigned to regions in accordance with the needs of each local government, which receives applications from farm owners. This year, a total of 4,361 workers would be assigned to 37 local governments.

The Immigration Office will conduct on-site inspections after the workers are sent to each workplace in order to ensure that they are provided with appropriate housing. If an employer is found to be providing a temporary shelter inside a greenhouse, the local government of that region will be excluded from the seasonal migrant workers system for next year.

On March 2, 2021, the MOEL said that migrant workers would be allowed to change their workplaces if their employers provide substandard accommodation such as makeshift dormitories built in vinyl greenhouses.

In cooperation with related government bodies, the ministry announced a set of measures designed to improve the living conditions of foreign nationals working in Korea under the Employment Permit System (EPS).

Poor dormitories will be included in the list of reasons allowing employees to switch their workplace, while business owners caught providing inappropriate housing will be banned from hiring foreign workers.

Currently, migrant workers are permitted to change their workplace up to five times during their near-five-year-stay in the case of contract termination or expiration. They may also request to end their contracts for "external" reasons such as assault and sexual harassment by employers, and delays in payment. In this regard, the opportunities for migrant workers to look for a new job would be expanded.

Under the new measures, reasons for which foreign workers can change their workplace include: unsuitable accommodation; being laid off during off-seasons at farms and fisheries; physical or mental illnesses requiring over three months of leave of absence; and fatal industrial accidents (to others) at the workplace due to safety regulation violations by employers. In addition, sexual harassment by co-workers or employer's family members is a reason for an immediate change of workplace, which will be processed within three days from the request.

Starting March 2, the ministry allowed a six-month preparation period for farm and fisheries owners to improve the living conditions of foreign workers to cover any lack of time and resources to immediately provide new housing. Those who plan to build brand new dormitories were given one year. Business owners who fail to offer suitable housing within the period would be banned from employing foreign workers.

Also, under the new measures, migrant workers at farms and fisheries would be eligible to register for the national health insurance program upon entering the country. Until now, they had to wait six months after arrival in order to individually subscribe to the National Health Insurance Service, but not as job-based subscribers if their employers in the farming and fishing industries are not registered as businesses. During the first six months after entry, their access to healthcare services had been limited.

But the measures have been criticized for being insufficient in fully protecting the workers from unfair treatment and abuse by business owners.

2. CURRENT SITUATION

The foreign population in South Korea has fallen below the 2 million mark for the first time in over five years amid the new coronavirus pandemic, government data showed on April 27.

As of March, the total number of foreign residents, including migrant workers, immigrant wives, students and ethnic Koreans from abroad here stood at around 1.99 million, down 9.2 percent from a year ago when the corresponding figure was slightly over 2.2 million, according to data compiled by the MOJ.

It is also the 16th consecutive month the foreign population here has declined since peaking at over 2.52 million in December 2019.

The downturn is attributable to decreases in the number of foreigners both on short- and long-term stays in South Korea, which fell by 10.5 percent and 8.9 percent in March from a year earlier, respectively.

Of the long-term foreign residents, the number of those who hold government-issued alien registration cards also fell by 12.5 percent to around 1.1 million over the same period, marking the lowest figure in seven years.

The report showed that Chinese accounted for the largest proportion of the foreign population here at 43.4 percent, or about 868,000, followed by Vietnamese at 10.6 percent, Thais at 8.9 percent and U.S. citizens at 7.3 percent.

According to the 2020 Survey on Immigrants' Living Conditions and Labour Force by Statistics Korea, however, the number of de jure foreigners was 1.332 million persons in 2020, rising by 9 thousand persons from 2019.

The employment-population ratio of foreigners stood at 63.7% in 2020, dropping by 1.6%p from 2019. The unemployment rate of foreigners stood at 7.6% in 2020, rising by 2.1%p from 2019.

Based on the de jure population, the number of foreigners aged 15 or more was 1.332 million persons as of May 2020, rising by 9 thousand persons (0.7%) from the previous year.

As for foreigners by nationality, 'Non-Asia countries' and 'Other countries in Asia' increased by 17 thousand persons (14.5%) and 11 thousand persons

(2.8%), respectively. Whereas, Korean-Chinese and China dropped by 16 thousand persons (-3.2%) and 9 thousand persons (-6.3%), respectively.

As for foreigners by status of sojourn, 'Overseas Korean' (23 thousand persons, 7.5%), 'Other' (17 thousand persons, 11.2%), 'Marriage Migrant' (12 thousand persons, 10.8%) and 'Permanent Residency' (11 thousand persons, 10.6%) recorded a year-on-year increase.

- 'Work and Visit' (-40 thousand persons, -20.0%) and 'Non-professional Employment' (-9 thousand persons, -3.5%) recorded a year-on-year decrease.

<De jure foreigners by nationality> (Unit: thousand persons, %)

SOURCE: STATISTICS KOREA

	Population aged 15 or more	Asia					Non-Asia
			Korean -Chinese	China	Vietnam	Other countries in Asia	
May 2019	1,322.6	1,208.0	506.6	136.3	165.9	399.2	114.6
May 2020	1,331.8	1,200.6	490.5	127.7	172.0	410.4	131.2
Change from the previous year Percent change	9.2 0.7	-7.4 -0.6	-16.1 -3.2	-8.6 -6.3	6.1 3.7	11.2 2.8	16.6 14.5

Employed immigrants: The number of employed foreigners was 848 thousand persons in 2020, which declined by 15 thousand persons (-1.8%) from 2019. The employment-population ratio of foreigners stood at 63.7% in 2020, dropping by 1.6%p from 2019.

The number of naturalized Koreans was 29 thousand persons in 2020, which decreased by 3 thousand persons (-9.2%) from 2019. The employment-population ratio of naturalized Koreans stood at 59.1% in 2020, dropping by 5.7%p from 2019.

Employed immigrants by status of sojourn: As for employed foreigners by status of sojourn, 'Overseas Korean', 'Other' and 'Marriage Migrant' grew by 11 thousand persons (5.4%), 11 thousand persons (20.3%) and 6 thousand persons (10.1%), respectively, from 2019. Whereas, 'Work and Visit' and 'Non-professional Employment' fell by 41 thousand persons (-25.9%) and 10 thousand persons (-3.7%), respectively, from 2019.

Employed immigrants by industry: As for employed foreigners by industry, 'Agriculture, Forestry and Fishing' and 'Electricity, Gas, Steam and Air Conditioning Supply, Transportation and Storage, Information and Communications, and Financial and Insurance Activities' increased by 5 thousand persons (9.2%) and 5 thousand persons (37.1%), respectively, compared to the previous year. In the meantime, 'Mining and Manufacturing' and 'Construction' decreased by 20 thousand persons (-5.0%) and 10 thousand persons (-10.0%), respectively, compared to the previous year.

As for employed naturalized Koreans by industry, 'Electricity, Gas, Steam and Air Conditioning Supply, Transportation and Storage, Information and Communications, and Financial and Insurance Activities' grew by 0.2 thousand persons (25.0%) compared to the previous year.

Whereas, 'Wholesale & Retail Trade, and Accommodation & Food Service Activities' and 'Business, Personal and Public Services' decreased by 1 thousand persons (-13.4%) and 0.7 thousand persons (-12.1%), respectively, compared to the previous year.

Wage and salary of foreigners: The share of wage and salary immigrant workers earning '2 million won or more' dropped by 0.1%p to 67.5% in 2020. The share of wage and salary immigrant workers earning 'less than 2 million won' fell by 0.1%p to 32.5% in 2020.

Nationality of the_Foreigners with the status of 'Non-professional Employment (E-9)': As of May 2020, as for the nationality of foreigners with the status of 'Non-professional Employment (E-9)', Cambodia occupied the largest share at 13.7%. This share was followed by Vietnam (13.5%), Nepal (13.0%), Indonesia (10.3%) and Thailand (9.5%).

On April 13, the government announced a decision to extend the period of stay for about 115,000 foreign migrant workers by one year in a bid to relieve labor shortages at small businesses and in farming and fishing communities.

The labor and justice ministries decided that the temporary extension of stay will apply to the E-9 non-professional employment and H-2 visiting employment visa holders, whose period of staying and working in South Korea was set to expire between April 13 and Dec. 31.

The extraordinary measure was implemented in consideration of COVID-19-related travel restrictions faced by migrant workers and labor shortages at domestic industrial, farming and fishing businesses.

A total of 62,239 E-9 visa holders eligible for the special measure would all be allowed to extend their period of stay and work activities by one year. In the case of 52,357 eligible H-2 visa holders, confirmation on whether they are legally employed or not is needed prior to the extension of stay, thus a maximum of 114,596 migrant workers may benefit from the measure.

According to government data, the number of foreign workers arriving here with E-9 visas fell sharply from 51,365 in 2019 to 6,688 last year, due mainly to massive cancellations of international flights caused by the coronavirus outbreak. Arrivals of H-2 visa holders also dived from 63,339 to 6,044 in the same period.

Thus, the number of E-9 visa holders staying here stood at 237,000 as of the end of last year, marking a fall of 14.4 percent from 277,000 a year earlier, while H-2 visa workers also shrank 31.4 percent from 226,000 to 155,000.

The steep reductions in E-9 and H-2 visa holders have worsened labor shortages at small and medium-sized companies and in farming and fishing villages.

The latest measure came as the revised Foreign Employment Act took effect on the day, paving the ground for extending the employment period of foreign workers by up to one year if their entry or departure becomes difficult due to the spread of infectious diseases.

3. EPS. MODERN-DAY SLAVES?

The Employment Permit System (EPS) was supposed to be a win-win solution for South Korean employers struggling to find workers and Asian workers seeking higher-paying jobs overseas.

The 17-year-old system, however, has been criticized for leaving workers vulnerable to abusive practices and even "slave-like" exploitation by employers. At the center of the dispute is a clause in the legislation that effectively bans workers from changing workplaces.

In July 2020, the National Human Rights Commission of Korea conducted an inspection into the working conditions of 63 migrant fishing crew members on islands off the west coast and found they clocked 12 hours a day on average with less than an hour for breaks.

Some 90 percent of the workers said they'd had no official days off for a year. Their average monthly income was about 1.87 million won($1,640).

Based on the minimum wage, they should be paid an average of 3.09 million won(2,706), plus significant amounts for overtime. There were six cases where migrant workers had their passports confiscated and 23 where their bankbooks were taken away.

Launched in 2004, the EPS has been a major platform to bring in foreign workers from 16 countries[1] to meet labor shortages at small and medium-sized firms here in the manufacturing, agricultural and fishing sectors. Those low-skilled jobs are often shunned by Korean workers. Currently, there are about 248,000 migrant workers here under the EPS.

The government annually reviews labor shortages in each industry and sets the quota to take in foreign workers based on employers' needs. A state-run agency stationed in each country selects migrant workers based on their language proficiency.

Migrant workers arrive in Korea with a contract, which initially allows them to work for up to three years. If their employers agree, they can extend the contract by a year and 10 months. If they are considered "diligent workers," they can earn a chance to reenter the country and work here for another four years and 10 months.

Those who leave their jobs without their employers' consent are reported to the police as illegal immigrants and could end up being deported.

The EPS was designed for a migrant worker to work up to nine years and eight months for one employer. A migrant worker signs an employment contract before they enter the country and before they even meet their employer based on limited information on the contract.

The system was designed only for the government's convenience -- to manage migrants and to meet the demands of employers.

As the EPS does not reflect the human rights of migrant workers, five migrant workers who filed a petition with the Constitutional Court in March 2020. In the appeal, the workers argue that the EPS clause restricting migrant workers from changing their workplaces violates basic rights guaranteed by the country's Constitution and amounts to forced labor.

1 The Philippines, Mongol, Sri Lanka, Vietnam, Thailand, Indonesia, Uzbekistan, Pakistan, Cambodia. China, Bangladesh, Nepal, Kirghizstan, Myanmar, East Timor, Laos.

The MOEL for its part, argues that the controversial restrictions are necessary to prevent the system from turning into a route of illegal immigration. The main goal of the EPS is to curb the shortage of workers for small and medium-sized employers here, and migrant workers can enter Korea only when there is an employer to hire them, the ministry says.

Migrants' rights activists said it is time that Korea face up to the inhumane treatment of its migrant laborers. "We cannot deny migrants are tied to their employers, with their conditions similar to those of slaves," they said.

Foreign or not, no one should fall victim to forced labor, and everybody deserves to get paid fairly for their labor.

Along with the fight at the Constitutional Court, migrant workers and their advocates are calling for the overhaul of the Work Permit System (WPS).

So-called "diligent workers," who have maintained employment here with the same employer without changing jobs for four years and 10 months, are granted another chance to re-enter the country after a three-month waiting period.

During their initial stay, migrant workers under the EPS are technically allowed to change jobs up to five times, in the case of contract termination or expiration.

They may also "request" to end their contracts for other reasons, such as assault or sexual harassment by employers, payment delays or substandard housing conditions. Upon making the request, the workers need to submit evidence proving they have been mistreated, and receive employer approval in order to end the contract.

Such tough requirements make it virtually impossible for workers to switch jobs. Foreign workers are concerned they won't be recognized as "diligent workers" if they become involved in labor disputes.

The EPS scheme has given more power to business owners, while making employees highly vulnerable to unfair treatment and abuse. Migrants' rights activists criticize that the government has long turned a blind eye to the issue, thereby turning the EPS into "modern-day slavery" that violates basic human rights and the labor rights of migrant workers.

They believe that giving workers with foreign nationalities the freedom to change jobs will naturally resolve many existing problems, such as the dire

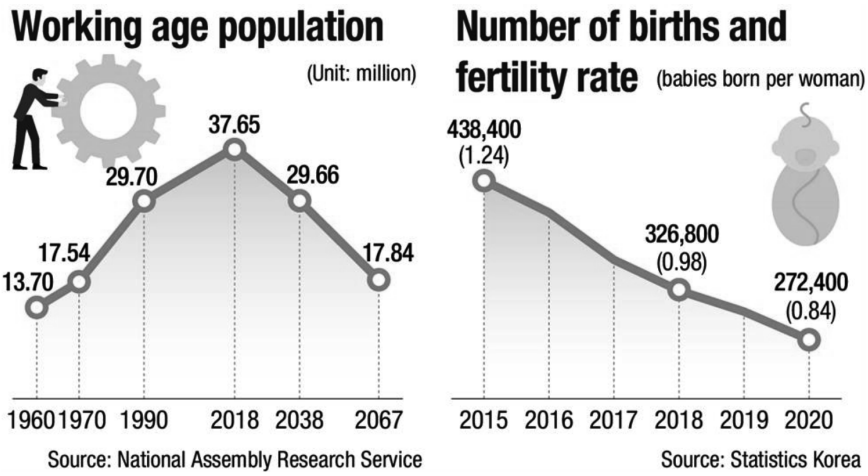
working conditions, appalling housing conditions, payment delays, violence and sexual harassment.

The employment of foreign workers is strictly limited to certain industries, such as agriculture, fisheries and manufacturing and as the employment contracts of EPS workers are strictly monitored by the government, it is impossible for foreign national manpower to flow into other industries.

4. POPULATION DECLINE NEEDS MORE IMMIGRANTS

With the country's record-low birthrate continuing to drop, Korea's population started to decrease in 2020 —the number of babies born totaled only 272,400, while 305,100 people died. The working age population, or those aged from 15 to 64, started to decline even earlier, in 2018. That figure is expected to fall to 29.66 million in 2038 from 37.65 million in 2018.

These realities mean that in the future, the government will be able to collect less tax revenue from workers, while there will be more elderly retirees who need financial support. Every 100 individuals in the working age population will have to support 76 elderly people in 2065, which is the highest number of elderly among the Organization for Economic Cooperation and Development (OECD) member countries.



South Korea's total fertility rate hit a record low of 0.92 in 2019, way below the 1.63 average of members of the OECD, proving that over 140 trillion won

($122.4 billion) in state funds poured into tackling the nation's low birth rate crisis over a decade since 2006 was futile.

This trend does strike as particularly troublesome especially during an economy weighed down by the COVID-19 pandemic – as reduction in jobs and thus overall income are undoubtedly detrimental toward efforts to overturn the country's low-birth, aging society conundrum.

At the beginning of July this year, South Korea's top economic policy-makers laid out a rough policy vision on dealing with the demographic crisis at hand, with a focus on sustaining the size of the country's working-age population, during an interagency meeting reviewing the state of the economy.

South Korea's working-age population is projected to decline an average of 330,000 per year in the 2020s when baby boomers, born from 1955-1963, will reach over age 65.

The country is also widely expected to become a super-aged society in 2025, in which the proportion of those aged 65 and older will hit 20 percent of the total population.

1. To deal with this problem, the government said it aims to put priority on strengthening child care services to prevent more women from experiencing a career break due to childbirths and raising their children.

The government will extend the child care program for elementary school students and expand all-day child care services to promote women's participation in economic activities.

The announcement came as more working moms had to quit their jobs to look after their children who study at home as they found it difficult to hire child care workers during the pandemic.

2. Another means of making up for loss in the size of the working population is by admitting more workers from overseas. The government announced it plans to expand the issuance of F-2(long-term residency) visas for foreign talented workers in promising sectors.

Authorities also plan on introducing a new visa category centered on remote work for exceptional foreign talent in areas of information technology and other cutting-edge fields.

3. The government also plans to initiate a national debate to discuss ways to reform the labor market system regarding senior workers, including areas related to their employment and wage structure, through the presidential economic, social and labor council.

Officials, however, dismissed speculation that the country is considering extending the retirement age, currently set at 60. Whether to extend the retirement age, possibly to 65, has become a hot-button social issue as the country is expected to face the so-called demographic cliff in coming years.

5. SKILLED WORKERS

The government plans to ease visa rules for foreign workers in R&D and new industries such as artificial intelligence (AI) to more actively attract skilled foreign professionals as part of measures to secure a competitive edge in the rapidly changing global industry ecosystem.

A foreigners' policy committee chaired by Prime Minister Chung Sye-kyun finalized the decisions during a meeting on March 31, saying the measures will also be aimed at bracing for a continued decrease in Korea's population, accompanied by a growing number of elderly people, resulting in declines in the number of workers.

The government will ease the criteria for a D-8-4 (start-up) visa for those seeking to establish companies here as long as the excellence of their technologies is recognized.

The government will also remove limits on the number of foreign workers to be employed by companies in new industry fields, such as AI and bioscience, in a bid to lower the barrier to foreigners' entry into domestic firms.

Other measures include the establishment of a new entry pass called the "digital nomad visa" for skilled foreign workers who generate a certain amount of income from abroad.

The new visa, which will be issued even to applicants not working for companies based in Korea, will allow them to stay here while working remotely, which is a growing trend, in the expectation to help invigorate the country's tourism industry and promote cooperation with domestic companies.

6. UNDOCUMENTED CHILDREN

Currently, children without legal immigrant status are allowed to stay in the country until they finish high school, after which they face deportation.

In order to protect the basic rights of these children, the MOJ announced on April 19 a policy, under which unregistered migrant minors can apply for temporary legal status —a D-4 visa usually given to people studying here, or a G-1 visa that allows a one-year stay for various reasons.

Eligible applicants are limited to those born and resident in Korea for more than 15 years, who graduated from elementary school before Feb. 28, 2021. The policy would be effective until February 2025, and those wishing to apply should visit an immigration office with their parents.

The ministry noted that the limits on eligibility and duration of the policy were aimed at preventing it from being abused for illegal immigration. The ministry estimates that there are up to 20,000 undocumented migrants in Korea under the age of 18 and 100 to 500 of them will be eligible to apply for the temporary resident status.

However, the local migrants' rights groups commented that the policy introduced by the MOJ to give undocumented migrant children legal status and allow them to have temporary residency rights, may not be helpful for those in need, There would be few if any applicants due to the strict requirements as well as additional clauses penalizing their parents.

In order to sign up for the temporary stay, parents who have stayed here illegally for over seven years must pay a fine of up to 30 million won ($27,000) depending on the duration of their stay. If they are able to pay the fine within three months, the amount will be reduced to 9 million won.

The heavy fine on parents will bar eligible children from applying. The 30 million won fine, even if it gets reduced to 9 million won, is an excessive burden for unregistered migrants who mostly hold low-paying jobs,

As the policy cover only children born in Korea, it leaves many unregistered minors born outside the country in a blind spot. It was criticized, also, that the ministry specifically limited the application to children who have stayed here over 15 years.

It is difficult to see a particular reason behind the ministry's concern that the policy may be abused by illegal immigrants. The government might seem to be taking an overly cautious stance due to public sentiment opposing immigrants.

The policy should have been devised in a way to protect as many undocumented children as possible, based on the U.N. Convention on the Rights of the Child, which the Korean government ratified in 1991.

According to the convention, "every child has the inherent right to life," and "the state shall ensure to the maximum extent possible the survival and development of the child."

7. IMMIGRATION POLICY

The government should change its immigration policy drastically in the face of the declining population and the establishment of a ministry in charge of managing immigration issues is necessary to implement comprehensive related policies.

The immigration policies have to be taken care of under one integrated government affiliation in order to lay out a cross-sectoral policy addressing all non-Koreans residing in the country.

Policies on foreign residents here have been devised and implemented mainly by three ministries - the MOJ is in charge of visa schemes; the Ministry Gender Equality and Family (MOGEF) focuses on assimilating marriage migrants into Korean society; and the MOEL is in charge of migrant workers entering Korea under the EPS.

The need to establish a short- to long-term policy on the extent to which we will accept these people in order to make use of them and how we will fit in with them in order to live comfortably.

In particular, Kim & Lee suggested to set up a tentatively named "immigration policy committee," serving as a control tower for overall immigration policy, to integrate five committees, including the current foreign policy committee, the multicultural family policy committee, the foreign workforce policy committee, the cultural diversity policy committee and the overseas Koreans policy committee.

They also proposed that temporary migrants should be included in the list of social integration policies, and that the status of skilled migrant workers

should be changed gradually to professionals on E-7 (foreign national of special ability) visas in consideration of the human resources shortage.

In many cases, whether or not foreign residents are eligible for a government support program depends on the type of visa they are holding, rather than the circumstances they are in, leaving many migrants seeking support in blind spots.

Given that the needs of each migrant vary, the support system needs to turn into a socioeconomic need-based policy. The country should not unnecessarily allocate resources for people who do not require support from the government. Rather, the resources should be given to the needy regardless of legal status or nationality if a person stays long term..

Meanwhile, the state support programs targeting only specific migrant groups may adversely affect their integration into Korean society since it could stigmatize migrants as a "burden," with associated discrimination and hostility toward non-Koreans still commonplace. Such support measures that separate migrants from local residents often provoke a backlash among Korean nationals who view the policies as reverse discrimination.

Therefore, instead of continuing to introduce separate welfare programs and operating support centers specifically for foreign residents, it is advised to gradually integrate them into the existing administrative system and welfare programs.

While revising migrant policies will be a long term task for the government in building an inclusive society, some issues regarding marginalized residents of foreign nationality in legal blind spots should be addressed immediately.

To begin with, more freedom should be given to migrant workers under the EPS, which prevents them from changing jobs without the consent of their employer. Although migrant workers under the EPS are not permanent residents, it is the government's responsibility to guarantee their basic human rights during their stay in Korea. The labor authorities should thoroughly review the system and fix the rules if necessary, to better reflect the needs of employees.

In addition, they urged the government to take a humanitarian approach on the issues surrounding undocumented children, who face deportation after graduating high school.

Whatever mistakes a child's parents made to end up undocumented should not be passed down to the child. These migrant children are fully integrated in

Korea and are well prepared to contribute to Korean society if given the chance. The government should find ways to retain them, within permanent pathways, for the best interests of the country, as well as the child.

As it could be difficult for the Korean government to immediately give the undocumented children legal status, it should at least come up with ways to provide aid through cooperation with civic groups.

In the case of single foreign parents who face hurdles in attaining stable legal status, easier pathways to citizenship or permanent residence for divorced spouses with Korean children are clearly in the best interest of their children. These pathways need to be attainable, recognizing the difficulties of being a single parent.

8. ANTI-DISCRIMINATION CAMPAIGN

"Migrant workers are indispensable for Korea but have become targets of discrimination and hatred amid negative awareness by the government and society," said Udaya Rai, chairman of Migrant Workers Union during a ceremony to celebrate the International Day for Elimination of Racial Discrimination at Hongdae Youth Space JU in western Seoul on March 21. "The only time migrant workers get the society's attention is when they die, as seen by a Cambodian worker's recent death."

The participating groups pointed out that migrant workers pay taxes just like Koreans but are excluded from various social services, including quarantine measures and disaster support funds concerning Covid-19. Moreover, the EPS keeps them from moving to other workplaces, binding them to forced work. Worse yet, foreign workers have to live in illegal dormitories in factories, which are highly risky of industrial accidents.

The inequalities of these workers do not end here, Many foreign women workers in Korea also face risks of sexual violence in workplaces.

The participants at the forum raised voices that Korea cannot delay the anti-discrimination law any further. They pointed out that racism occurs not only from racial and national differences but also from religious and cultural gaps.

They are going to meet new problem to solve in near future. New stratification within the migrants society. Until now we have desperately discussed

on the EPS, which has to do with the E-9 (non-professional employment) visa holders. Now the government of Korea is considering to grant F-2 (long-term residency) visa to high-skilled foreigners as a way to tackle the diminishing population and retain talented workers.

The need for the law against discrimination is becoming stronger in international society.

"Human rights are the key to responding to Covid-19," the groups quoted the World Health Organization as saying in April last year. WHO stressed that viruses do not discriminate against humans but affect inequality. The international society especially specified the principle of "including migrants in disaster response."

The International Organization for Migration (IOM) and United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR) also declared that the world could control the disease only through an inclusive-approach that protects everyone's lives and health rights, from a joint statement for refugees, migrants and stateless people.

9. REFERENCES

Kim, Yeon-hong & Lee, Sung-soon (2020), "Seeking Directions of Mid to Long Term Korea Immigration Policy - Focusing on Performance Analysis of Foreign Workers Policy", in: Journal of Multi-Cultural Contents Studies 33, 2020.4, 7-42, Publisher: Culture Technology Research Institute, Chung-Ang University.

Lee Hyo-jin, "Korea urged to improve migrant policy to reflect diverse needs", The Kore Times, Posted: 2021-06-22.

Lee Kwang-taek, (1994), "The Problems and Perspectives of Immigrant Workers in Korea", presented at The – World Congress of Labour Law and Social Security, Seoul, September 26-30, 1994.

Lee Kwang-taek (1995), "Protection of Migrant Workers in the Light of Globalization", presented at The International Seminar on Policy and Protection for Migrant Workers in Asia and Europe, organized by Friedrich-Ebert-Stiftung/Korea Research Institute for Workers' Human Rights and Justice, May 30-31, 1995, Seoul.

Lee Kwang-taek (2014), "The Legal Protection of Migrant Workers in Korea", presented at the Asian Conference on Globalization and Labour Administration: Cross-Border Labour Mobility, Social Security and Regional Integration, November 19-21-2014, Manila.

Lee Kwang-won (2020), "A Study on the Policy Means of Korean Multicultural Families", in: The Korean Association for Immigration Policy & Administration, Journal of Korean Immigration Policy and Administration, Vol. 3, No. 1 (2020.06).

Statistics Korea, 2020 Survey on Immigrants' Living Conditions and Labour Force. (http://kostat.go.kr/portal/eng/index.action).

POSITION OF MIGRANT WORKERS IN REPUBLIC OF SERBIA

JOVANA RAJIĆ-ĆALIĆ

Research Associate at the Institute for Comparative Law Belgrade since 2018 and PHD student at the Faculty of Law University of Belgrade. She has published several papers and has been awarded for some of them. Her research is focused on Labour law, in particular on discrimination and vulnerable groups of employees. She has profound knowledge of English and also speaks German and Spanish.

JOVANA MISAILOVIĆ

Research Assistant at the Institute of Comparative Law Belgrade since January 2019 and PHD student at the Faculty of Law University of Belgrade. So far, she has published 15 scholarly papers, one coauthored monograph and participated in numerous international and domestic conferences. Misailović's research is mainly focused on labour law, with particular focus on the labour rights, labour disputes and new forms of employment. She speaks Serbian, English and German.

ABSTRACT: The position of migrant workers on the territory of the Republic of Serbia is an important topic, which unfortunately, has not been sufficiently considered. Despite all the efforts to make changes that would allow migrant workers to enjoy all the rights that belong to them in alignment with international standards, the path to greater success seems still questionable. Moreover, the pandemic of COVID 19 virus has further set back chances for improvement of the status of the migrants at our country. In this report, authors refer to the difficulties that migrant workers face on the territory of the Republic of Serbia, measures that have been taken so far to improve position of migrant workers as well as lacks in their implementation.

KEYWORDS: Republic of Serbia, migrant workers, labour market.

1. INTRODUCTION

Migrations are the reflection of freedom of movement of people with the aim to change their place of residence located in the same or another country for temporary or permanent residence. Migrations are often encouraged by the will to live a better life in order to secure higher economic power of the individual or family, or are inevitably the product of war events and the desire to save one's own life. These migrations are modern world reality and a lot of countries face problems in order to regulate work of foreign citizens especially the ones who are not regularly employed in foreign country.

Having in mind the geographic position of the Republic of Serbia, it is no surprise that a lot of migrant workers, in order to reach some of the European Union countries, decide to stay in Serbia and try to find a regular job, particularly when they face a lot of obstacles on their way to European Union.[1] However, it has to be mentioned that even though foreign workers decide to come and work in Serbia, there is a significantly higher number of those who decide to emigrate into other countries – usually some of which are part of the European Union.

Serbia faces a number of deficiencies regarding available data on external migration. Therefore, the precise number of those leaving is unknown, but UN

1 For more: Bojan Urdarević, „The Protection of Migrant Workers in International Labour Law", The Legal Aspects of Migrations in the Region – the Balkan route, Thematic Collection of Papers, Faculty of Law Novi Sad, Novi Sad, 2019, 91-105.

estimates are that up to 49,000 people leave Serbia annually.[2] Having in mind this high number of people deciding to leave Serbia, in early 2019 the Government established the Coordination body for monitoring the flow of economic migrations to comprehensively analyze the state of play in the field of economic migrations. The Employment Strategy for 2021-2026 was adopted in the 2020, with the first action plan for the implementation of this strategy for a three-year period. The work plan of the Coordination Body includes the adoption of a Strategy on Economic Migrations for 2021- 2027 (with an action plan) with solutions and long-term measures for improving this field, aiming to prevent further departure of citizens from the Republic of Serbia abroad and promote the return of experts from the diaspora, as well as the creation of a business and economic environment for the arrival of foreign experts.[3]

Notably, when talking about legal position of migrant workers, we need to take into consideration the position of foreign workers, as well. The reason is simple and it is a consequence of lack of acts that refer only to the rights and duties of migrant workers. That is why it is a need that we use an analogously application of legal framework when it comes to migrant workers.[4]

The legal position of Serbian workers abroad, i.e. the legal position of foreign workers in Serbia, is determined in relation to two very important issues concerning the conditions of employment and the manner of security in case of unemployment. Both issues became the subject of bilateral agreements on social insurance that the Republic of Serbia concluded with other countries to which the largest number of our workers went. The legal status of a worker is closely linked to the employment status, on which personal, family and social position depends, as well as the position of his family members, both while he is abroad

2 The Republic of Serbia has a major problem in the area of emigration (the ILO experts' estimate, consistent with preliminary data from Eurostat, is about 150,000 short-term migrants who returned or will not be able to travel outside Serbia at least for the remainder of 2020) of labour workers (both well-skilled workers and less-skilled workers), rather than immigration.*Covid-19 and the World of Work*, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---sro-budapest/documents/publication/wcms_754624.pdf, 7.7.2021.

3 National Employment Action Plan for 2020 (Goverment conclusion 05 No. 101-13100/2019-1 dated December 26 2019, Official Gazette No. 94 dated December 27 2019.

4 Ivana Krstić, *A handbook for migrants' protection in the Republic of Serbia*, British Embassy Belgrade/International Organisation for Migration, Belgrade, 2018, 41; Ivana Krstić, *Protection of migrants' workers in the Republic of Serbia,* International organization for migrants, Belgrade, 2012, 48; *Basics of ruling migration in the Republic of Serbia*, International Organisation for Migration, Belgrade, 2012, 24.

and when he has to decide whether to and under what conditions return to their country. The study of legal issues of temporary employment, both of our workers abroad and foreign workers in Serbia should show primarily the extent to which the contracting states succeeded in concluding bilateral agreements to ensure the protection of their rights regarding employment, working conditions and social security.[5]

2. POSITION OF THE MIGRANT WORKERS IN THE REPUBLIC OF SERBIA

Employment of the foreign citizens in the Republic of Serbia is regulated by the Act on Employment of Foreigners[6] and Rulebook on Work Permits.[7] The last one contains provisions regarding fulfillment of the conditions that have to be met in order to obtain work permits and/or its extension.

National legislation has formed a legal system to protect the rights of migrants, and foreigners in general. The rights of foreigners are mentioned in the Constitution of the Republic of Serbia, and they are "entitled to all rights guaranteed by the constitution and the law, except for the rights which, according to the Constitution and the law, belong only to domestic citizens."[8] The rights specifically guaranteed to national citizen refer to electoral rights[9], as well as the special treatment of nationals and foreign nationals with regard to entry into and residence in the country. Pursuant to Article 39, paragraph 3, a foreigner may be expelled from the RS only with a decision of the competent court in a procedure specified by the law and which allows for legal remedies, more precisely appeals, where "he is not threatened with persecution because of his race, sex, religion, national religion, citizenship, belonging to a certain social group, political opinion and where he is not threatened with a serious violation of his rights." Equal treatment is also stipulated by the Act on Employment Law and its provisions "apply to employees working in the Republic of Serbia, with a domestic or foreign legal or natural person, as well as employees who are sent to work abroad by the employer unless otherwise provided by law ".

5 Boško Latković, "Protection of Unemployed persons through bilateral social security agreements, with special reference to the agreements concluded by the Republic of Serbia and their ratification", *Labour and Social Law,* No. 2/2015, 205.

6 Act on Employment of Foreigners, *Official Gazette of the RS,* no. 128/14, 113/17, 50/18,31/19.

7 Rulebook on Work Permits, *Official Gazette of the RS,* no. 63/18, 56/19.

8 Constitution of the Republic of Serbia, *Official Gazette of the RS*, no. 98/2006, Article 17.

9 Constitution of the Republic of Serbia, *Official Gazette of the RS*, no. 98/2006, Article 52.

Furthermore, it is specified that the provisions of this Act "apply to employed foreign nationals and stateless persons who work for an employer at the territory of the Republic of Serbia, unless otherwise provided by law. "[10]

The national framework for the protection of migrant workers necessarily includes a regulation concerning the entry, movement and residence of foreign nationals, that was provided by the previously existing Act on the Conditions for Establishing Employment with Foreign Nationals[11], today replaced with the Act on Employment of Foreigners. In one article, the mentioned Act contains the equal treatment provisions saying "a foreigner who is employed in the Republic of Serbia in accordance with this law, entitles the same rights and obligations in terms of work, employment and self-employment as citizens of the Republic, if the conditions are met in accordance with the law. "[12]

When it comes to the employment of migrant workers, the main difference in comparison to the national citizen is made by the provisions of the Act on Employment of Foreigners. Employment of migrant workers is conditioned by certain residence permit (long-stay visa based on employment, temporary residence permit or permanent residence) as well as a work permit (work permit for employment, for special cases of employment, for self-employment).[13]The work permit specifies a description of the work that a foreigner may perform. On the other hand, Serbian citizens become employed without a special permit, except for minors who need the consent of a legal representative. Restrictions on the performance of work do not apply to domestic citizens, i.e. equal access to work has been proclaimed.

10 Act on Employment, *Official Gazette of the RS,* no. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 –decision of Constitutional Court, 113/2017, 95/2018, Article 2.1 and 4.

11 Act on the Conditions for Establishing Employment with Foreign Nationals, *Official Gazette of the RS*, no.11/78, 64/89, 42/92, 24/94 i 28/96, 101/2005.

12 Act on Employment of Foreigners, *Official Gazette of the RS,* no. 128/14, 113/17, 50/18,31/19, Article 4.1.

13 Act on Employment of Foreigners, *Official Gazette of the RS,* no. 128/14, 113/17, 50/18,31/19, Article 10.

TABLE 1
FOREIGN CITIZENS WHO WERE WORKING IN SERBIA DURING 2019[14]

CITIZENSHIP	NUMBER OF PERSONS	PERCENTAGE
Russia	1.454	24,7%
China	1.336	22,7
Turkey	469	8,0
Ukraine	358	6,1
Republic of Northern Macedonia	191	3,2
Federation of Bosna and Herzegovina	162	2,7
Italy	157	2,6
Greece	153	2,5
Montenegro	121	2,2
Albania	92	1,6
Other	1,399	23,7
Total	**5,892**	**100**

TABLE 2: THE NUMBER OF ISSUED PERMITS
FOR WORK (FOREIGNERS WITH TEMPORARY RESIDENCE IN 2019)[15]

CITIZENSHIP	TOTAL
China	3.040
Russia	2.749
Turkey	762
Ukraine	677
Republic of Northern Macedonia	446
Italy	439
Romania	421
Federation of Bosna and Herzegovina	377
Belarus	346
Montenegro	288
India	254
Croatia	249
Greece	247
Germany	212
Bulgaria	183
Poland	175

14 Government of the Republic of Serbia, *Migration profile of the Republic of Serbia for 2019*, Belgrade, 2020, 13.

15 Government of the Republic of Serbia, *Migration profile of the Republic of Serbia for 2019*, Belgrade, 2020, 14.

CITIZENSHIP	TOTAL
France	146
Great Britain	145
Slovenia	142
Albania	123
USA	121
Austria	102
Others	1.716
Total	**13.360**

TABLE 3: THE NUMBER OF ISSUED PERMITS FOR WORK (FOREIGNERS WITH PERMANENT RESIDENCE IN 2019)[16]

CITIZENSHIP	NUMBER OF WORK PERMITS
China	109
Russia	64
Republic of Northern Macedonia	55
Ukraine	20
Croatia	12
Romania	12
Greece	11
Turkey	10
Germany	9
Italy	9
Kazakhstan	7
Slovenia	7
Federation of Bosna and Herzegovina	6
Tunisia	6
The Netherlands	5
Others	100
Total	**442**

3. EXPLOITATION OF MIGRANT WORKERS

As for labour exploatation of migrant workers, there is no special proscription in domestic law. There are certain provisions that can be found in special acts. For example, Criminal code of Serbia[17], doesn't contain criminal

16 Government of the Republic of Serbia, *Migration profile of the Republic of Serbia for 2019*, Belgrade, 2020, 15.

17 Criminal code of Serbia, *Official Gazette RS*, no. 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009,

codes related to labour exploatation of migrant workers, but there are several prohibitions that protect migrant workers indirectly.[18] There are some criminal provisions for employers to be found in Act on Employment of Foreigners.[19] According to this Act, employer will face misdemeanor and will be obligated to pay fine if does not provide employee with social security benefits,. Also, there is a punishment for employer if the foreign employee is transferred for work to other employer. Misdemeanor is also prescribed if employer does not cover the costs for work permit's issuing. Employee is entitled to perform only those tasks, specified in work permits, otherwise, employer will face fines.

If we compare domestic legislation of the Act on Employment of Foreigners and the European Sanctions Directive, it can be seen that the Law on Employment of Foreigners stands with condition that the employment of foreigners must be based on some of the legal document for stay in domestic country. That document can be seen in long-stay visa, approval for permanent or temporary stay, as well as work permit.[20] Unlike the Directive, domestic employers have no obligation to inform the country of origin of the employment of their citizens, in order to check the documentation for legal stay. Such an additional obligation releases the employer from liability if it turns out that the foreigner's documents for legal residence in the country are plagiarized, unless he has been familiar with this information. Member States are required to adequately sanction employers, issuing order to take part in the charging costs of deporting those foreigners that stay illegally. Domestic law does not contain such a provision, but provides for a special penalty for the employer. If the domestic employer employs a foreigner without the stated documents, he is obliged to pay him all monetary damage from the employment relationship, with the payment of taxes, as well as the cost for social security system.[21] The same provision is prescribed in the Directive in Article 6. Similar to the Directive, in the criminal provisions of the

111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016, 35/2019.

18 Namely, there are some of these offences: Violation of equality in stipulation 128, Violation of the Right to Expression of National or Ethnic Affiliation in stipulation 130, Instigating National, Racial and Religious Hatred and Intolerance in stipulation 317, Illegal crossing of state border and human trafficking in stupulation 350, Criminal offences in stipulations 163-170.

19 Act on employment of Foreigners, *Official Gazette of the RS,* no. 128/14, 113/17, 50/18,31/19, Article 34.

20 Act on Employment of Foreigners, *Official Gazette of the RS,* no. 128/14, 113/17, 50/18,31/19, Article 9.

21 Act on Employment of Foreigners, *Official Gazette of the RS,* no. 128/14, 113/17, 50/18,31/19, Article 15.2

Law on Foreigners, domestic legislation obliges the employer to keep evidence of fulfillment of conditions for employment of foreigners at the work place, where he works. [22] Although domestic legislation contains penal provisions for non-compliant employers, there are no provisions such as those in the Directive that provide for the exclusion of employers from receiving benefits and allowances of a financial nature from the state. Similar to the Directive, Serbian law also provides for higher fines for employers who are legal entities and who employ migrants contrary to the law. Unlike Article 13 of the EU Directive, domestic law does not contain simplified stipulations on the possibility of filing a lawsuit against illegally employed migrants through trade unions or other associations that care about the rights of employees.

When it comes to the protection of migrant workers, labour inspectors are obligated to supervise the applications of Act on Employment of Foreigners.[23] Without prescribing more authority in supervision of this Act and without special provisions that should be referred to regard migrant workers, there are irregularities in practice to be found. In addition to the exposed legal framework, in practice, in Serbia during inspections the following problems have been observed which must be taken into account during the following amendments to the law: lack of work permits for migrant workers for legal work, lack of travel documents for obtaining alleged permits, income minimum wage, as well as the waiver of the responsibility of the labor inspector for checking the application of domestic labor law, reducing the check only to the correctness of work permits.[24]

4. DOMESTIC WORK

Bearing in mind that Serbia has a major problem in the area of emigration, rather than immigration, it is understandable that this topic does not draw decent attention and that the legal instruments related to work of migrants are not thoroughly regulated. This is not very strange for countries left out of the European Union, which is usually labour workers main destination due to better life standard. However, Republic of Serbia is on solid way to become an EU Member State in the future, which justifiably leads to the adoption of the key

22 Act on Employment of Foreigners, *Official Gazette of the RS,* no. 128/14, 113/17, 50/18,31/19, Article 34.1.2.

23 Act on Employment of Foreigners, *Official Gazette of the RS,* no. 128/14, 113/17, 50/18,31/19, Article 33.2

24 Mario Reljanović, *Recommendations for preventing labour exploitation,* Astra, Belgrade, 2020, 31.

legal standards of the European Union law, as well as the standards adopted by International Labour Organisation and European Council.

Among these standards, labour law standards are the ones of the highest importance and Republic of Serbia is taking every measure at itsdisposal to become a country where all laborers can enjoy right to work, as well as healthy and safe work conditions.

When it comes to domestic work, Republic of Serbia has not yet ratified Domestic Workers Convention 2011 (No. 189)[25]which is a cornerstone guarantee of the rights for all domestic workers. This lack of domestic legislation system can have a vital consequence on wide range of rights of all domestic workers. Nonetheless, Employment Act[26] contains basic provisions regarding the work of domestic workers. An employment relationship may be established for the performance of work relating to household help.

The employment contract may also stipulate in-kind payment of part of the salary. The in-kind payment of part of the salary is understood to mean providing accommodation and food, i.e. providing either accommodation or food. The value of the in-kind payment must be indicated in money. The lowest percentage of salary that must be calculated and paid out in money is determined by the employment contract, and may not be lower than 50% of employee's salary. Where salary is stipulated partially in money and partially in-kind, in case of the absence from work with provided salary compensation, the employer shall pay to the employee the compensation of salary in money. The contract referred to may not be concluded with a spouse, adopter or adoptee, blood relative in a straight line regardless of the degree of kinship, and in the collateral line up to the second degree of kinship, and with affine relative up to the second degree of kinship.

Before the Employment Act was implemented in 2005, the Ministry of Labor, Employment, Veteran and Social Policy of the Republic of Serbia in 2002 has adopted Rulebook on Manner and Procedure for Registration of Employ-

25 Domestic Workers Convention 2011 (No. 189), https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C189, 7.7.2021.

26 Act on Employment, *Official Gazette of the RS*, no. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017, 113/2017, 95/2018.

ment Contracts of Domestic Workers at 2002.[27] Unfortunately, this rulebook has been repealed on the day of entering into force Employment Act in 2005.

5. SEASONAL WORK

As for seasonal workers, their rights and duties are stipulated by the law on simplified work engagement on seasonal jobs in certain activities[28]. This act should follow the provisions of European Directive on conditions of entry and stay of third-country nationals for the purpose of employment as seasonal workers[29], but there can be found only a few matching. Therefore, national stipulations of Serbia need more compliance with European ones. For starters, the law on simplified work deals only with the position of seasonal workers in specific, particular areas of work, namely agriculture, forestry and fishing. The Act is applicable for the work of certain activities during seasons, such as: planting, sowing, harvesting, plant protection, soil preparation, pruning, cleaning, peeling, sorting, shearing / shearing, grazing.[30]On the other hand, EU Directive is not limited by areas and stipulates seasonal work with more details. There are special provisions for the document needed to start this kind of work performance, sickness insurance provided, as well as evidence that the employee will have adequate accommodation. Member States shall require form the seasonal employee to prove that he has sufficient resource during the stay. This kind of stipulation is established, taking into account the possibility for foreign workers to participate in seasonal work of countries in EU. This kind of provision is also needed in domestic law, having in mind an increased number of migrant workers. Seasonal employees in Serbia must be familiar with all the risks of the work performance, as well as first aid that is provided by employer. Novels of the act brought protection of employees into force, due to social security protection and health insurance are provided. Those provisions are simplified with the ones in EU Directive. Apart from the employee's right on monetary compen-

27 Rulebook on Manner and Procedure for Registration of Employment Contracts of Domestic Workers at 2002, *Official Gazette of the RS*, no. 1/2002.

28 The law on simplified work engagement on seasonal jobs in certain activities, *Official Gazette of the RS*, no. 50/2018.

29 European Directive on conditions of entry and stay of third-country nationals for the purpose of employment as seasonal workers,
https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=celex%3A32014L0036, 11.07.2021.

30 European Directive on conditions of entry and stay of third-country nationals for the purpose of employment as seasonal workers, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=celex%3A32014L0036, 11.07.2021. Article 4.1.

sation, seasonal employees in Serbia may agree with employer for some other rights. Specified by law, seasonal worker is entitled to monetary compensation for unemployment, as well as social security pay, due to seasonal work stays outside the employment relationship. As for notice, The law on simplified work engagement on seasonal jobs in certain activities doesn't stipulate valid travel document for seasonal work, ignoring the fact that foreign workers are present at the Serbian labour market. Therefore, Serbian law doesn't prescribe specific permit for seasonal work, as the stipulation in Directive.[31] Also, equal treatment for seasonal workers with domestic ones is not guaranteed in domestic law, as it is prescribed in EU Directive. This stipulation is seen as crucial to provide dignified work and it is a necessity in each national law.

6. MIGRANT WORKERS AND COVID 19 PANDEMIC

During the COVID-19 pandemic, the Republic of Serbia has tried, as well as numerous countries around the world, to save economy and ensure that all workers can enjoy safe and healthy work conditions.

Government of Serbia has adopted amendments of the Decree to declare COVID-19 disease caused by the SARS-CoV-2 virus a contagious disease, which allows foreign and domestic persons to enter Serbia without being quarantined for 14 days, provided that they have negative PCR test not older than 72hrs and a Permission to enter and/or transit issued by the Government body with conditions and restrictions of their stay or transit.[32]

When it comes to the status of migrant workers, it is important to emphasize that while the Decision on Declaration of the State of Emergency was in force, work permits issued to foreigners as well as permits for the temporary residence were in force even though they were expired or were supposed to expire during the pandemic.[33] This means that migrant workers have not received any

31 European Directive on conditions of entry and stay of third-country nationals for the purpose of employment as seasonal workers, Article 13, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=celex%3A32014L0036, 11.07.2021.

32 Decree to declare COVID-19 disease caused by the SARS-CoV-2 virus a contagious disease, *Official Gazette of RS*, no 20/2019.

33 Ljubinka Kovačević, Boško Latković, „Legal position of Migrant Workers in the Republic of Serbia with special reference to their status in times of COVID-19 epidemic outbreak", *Labor and Social Law*, No. 1/2020, 90.

type of special treatment during the pandemic when it comes to the extension of personal documents.

Furthermore, migrant workers who have lost their jobs were not considered as in irregular situation based on the fact that they do not have employment due to pandemic - if they have been legally working in Republic of Serbia. This is in accordance with the Convention on Migrant Workers No. 143, which Republic of Serbia has ratified.[34]

During the state of emergency laborers among migrants did not have a variety of possibilities to find job or to continue with their work since the whole work process was endangered. Majority of cash and in-kind social assistance measures in Serbia were aimed at the prevention of joblessness and support to small and medium-sized enterprises. Although belonging to the most vulnerable category, migrants were not eligible for the universal emergency cash payments that the Government distributed to all adult citizens, nor to any stimulus measures, as it was targeting Serbian citizens only. However, if migrant worker has been employed at the enterprises his/her status was the same as the one of the Serbian citizen. The greater problem posed those workers who have not been employed regularly, but performed at the black market. Having in mind the flagellant position of these workers, it is objectively hard to get information of how many of them were able to continue with their work during the pandemic, since the biggest part of the economy was stopped.

During the pandemic there were no new social protection instruments envisaged for migrants to help them alleviate the impact of Covid-19 and the envisaged budget cuts will directly affect this population.[35] Nevertheless, migrants in the Republic of Serbia have been treated the same as Serbian citizens when it comes to the health care. According to available data, by May 2021, a total of only 50 members of the Covid-19 virus-positive migrant population had been registered. With adequate therapy and examination, they were successfully recovered thanks to the good and timely response of the medical teams.

34 Convention on Migrant Workers No. 143, https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C143, 7.7.2021.; Ljubinka Kovačević, Boško Latković, „Legal position of Migrant Workers in the Republic of Serbia with special reference to their status in times of COVID-19 epidemic outbreak", *Labor and Social Law*, No. 1/2020, 90.

35 Olga Mitrović, *Impact of Covid-19 on migrations and mobility in Serbia,* https://serbia.iom.int/sites/serbia/files/publications/documents/SEIA%20Report%20Eng.pdf, 8.7.2021.

Unfortunately, essential workers in the health sector – doctors and nurses were downsized during pandemic, since a high number of them had already immigrated to some of the EU countries. Therefore, in the future, it should be considered how to draw attention of high skilled migrant workers in order to increase the number of this group of workers in Serbia. Due to the pressure on the health care system during the state of emergency, the Ministry of Foreign Affairs and the Serbian Ministry diplomatic missions and consulates, with the support of the United Nations Development Programme (UNDP), invited Serbian medical workers (doctors, nurses, medical technicians and other health professionals) working or staying abroad to report their availability to temporarily return to the country and help with the COVID-19 epidemic in Serbia. More than 300 have applied to return and by 30 March, 24 arrived from Germany.[36]Even though it is highly doubtful that these workers will decide to stay in Serbia, it was a serious warning that there is a great lack of medical workers who have left the country in the last few years and gone primarily to Germany.

It is essential to emphasize that any tightening of border control, restriction of travel or freedom of movement must not prevent migrants fleeing war or persecution to approach the protection of their human rights. In that sense, the competent authorities of the Republic of Serbia, first of all, the Ministry of the Interior and the Border Police Administration were trying to provide migrants in need of international protection of access to the territory with respect to certain measures taken against COVID- 19. 37

7. CONCLUSION REMARKS

- Domestic law should contain simplified stipulations on the possibility of filing a lawsuit against illegally employed migrants through trade unions or other associations that care about the rights of employees.
- Considering the fact that there is an increasing number of foreign workers in the labour market involved in seasonal and other work performance, national law must be changed in the way that prescribes: seasonal permits that should be considered by special authori-

36 https://www.covid19healthsystem.org/countries/serbia/livinghit.aspx?Section=2.2%20Workforce&Type=Section, 8.7.2021.

37 http://euinfo.rs/podrska-eu-upravljanju-migracijama/migrantima-se-pruza-kompletna-zdravstvena-zastita/, 8.7.2021.

ties, equal treatment for seasonal and other workers, as well as evidence for seasonal workers that they have adequate accommodation and sufficient financial resources during the stay.

- As for seasonal work, there should also be provided proof that the seasonal work is not accompanied by risk of illegal immigration, as it states in EU Directive. The progressive solution might be found in Directive that stipulates written information of rights and duties of seasonal workers provides for third-country nationals. The provision that requires employers of seasonal workers to pay for the cost of travel from the seasonal workers' place of origin to the place of work in the Member State and return journey and the cost of sickness insurance can also be found in Directive and should be incorporated into Serbian law.
- When it comes to the Domestic Workers Republic of Serbia has to ratify Convention on Domestic Workers which is a cornerstone guarantee of the rights for all domestic workers. This lack of domestic legislation system can have a vital consequence on wide range of rights of all domestic workers.
- The COVID-19 pandemic and the measures taken by the government to prevent and control the spread of the virus had an unprecedented impact on mobility and migration management systems. In Serbia, cross-border movements have been restricted and quarantine or isolation measures were put in place for travelers. With the progressive re-opening of borders, updated procedures for screening and handling ill passengers will become necessary, as well as increased supplies of protective equipment for border police officials, to ensure their safety while not disrupting passengers' movements.
- The consequences of the Covid 19 pandemic are yet to be felt in the future. Republic of Serbia has tried to ensure that migrant workers enjoy health life and safety during pandemic. However, the lack of workers in the health sector during the pandemic has shown that Serbia faces the major problem with emigrants rather than imigrants especially in the area of health workers. Therefore, the main goal in the future should be set in order to attract highly qualified workers who would return to Serbia (in case of Serbian citizens), as well as to attract foreign highly qualified workers.

8. BIBLIOGRAPHY

Basics of ruling migration in the Republic of Serbia, International Organisation for Migration, Belgrade, 2012.

Bojan Urdarević, „The Protection of Migrant Workers in International Labour Law", The Legal Aspects of Migrations in the Region – the Balkan route, Thematic Collection of Papers, Faculty of Law Novi Sad, Novi Sad, 2019.

Boško Latković, "Protection of Unemployed persons through bilateral social security agreements, with special reference to the agreements concluded by the Republic of Serbia and their ratification", *Labour and Social Law,* No. 2/2015.

Covid-19 and the World of Work, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---sro-budapest/documents/publication/wcms_754624.pdf, 7.7.2021.

Covid19 health system - Policy responses for Serbia,

https://www.covid19healthsystem.org/countries/serbia/livinghit.aspx?Section=2.2%20Workforce&Type=Section, 8.7.2021.

Ivana Krstić, *A handbook for migrants' protection in the Republic of Serbia*, British Embassy Belgrade/International Organisation for Migration, Belgrade, 2018.

Ivana Krstić, *Protection of migrants' workers in the Republic of Serbia,* International organization for migrants, Belgrade, 2012.

Ljubinka Kovačević, Boško Latković, „Legal position of Migrant Workers in the Republic of Serbia with special reference to their status in times of COVID-19 epidemic outbreak", *Labor and Social Law*, No. 1/2020.

Mario Reljanović, *Recommendations for preventing labour exploitation,* Astra, Belgrade, 2020.

Olga Mitrović, *Impact of Covid-19 on migrations and mobility in Serbia,* https://serbia.iom.int/sites/serbia/files/publications/documents/SEIA%20Report%20Eng.pdf, 8.7.2021.

***, http://euinfo.rs/podrska-eu-upravljanju-migracijama/migrantima-se-pruza-kompletna-zdravstvena-zastita/, 8.7.2021.

Migration profile of the Republic of Serbia for 2019, Government of the Republic of Serbia, Belgrade, 2020.

Constitution of the Republic of Serbia, *Official Gazette of the RS*, no. 98/2006.

Act on Employment of Foreigners, *Official Gazette of the RS,* no. 128/14, 113/17, 50/18,31/19.

Act on Employment, *Official Gazette of the RS,* no. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017, 113/2017, 95/2018.

Criminal code of Serbia, *Official Gazette RS*, no. 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016, 35/2019.

Act on the Conditions for Establishing Employment with Foreign Nationals, *Official Gazette of the RS*, no.11/78, 64/89, 42/92, 24/94 i 28/96, 101/2005.

Act on simplified work engagement on seasonal jobs in certain activities, *Official Gazette of the RS*, no. 50/2018.

Rulebook on Work Permits, *Official Gazette of the RS,* no. 63/18, 56/19.

National Employment Action Plan for 2020 (Goverment conclusion 05 No. 101-13100/2019-1 dated December 26 2019, Official Gazette No. 94 dated December 27 2019.

Rulebook on Manner and Procedure for Registration of Employment Contracts of Domestic Workers at 2002, *Official Gazette of the RS*, no. 1/2002.

Domestic Workers Convention 2011 (No. 189), https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C189, 7.7.2021.

Convention on Migrant Workers No. 143, https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C143, 7.7.2021.

European Directive on conditions of entry and stay of third-country nationals for the purpose of employment as seasonally workers,

https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=celex%3A32014L0036, 11.07.2021.

European Directive on conditions of entry and stay of third-country nationalns for the purpose of employment as seasonal workers, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=celex%3A32014L0036, 11.07.2021.

LA MIGRACIÓN LABORAL LATINOAMERICANA: LA EXPERIENCIA EN PERÚ DESDE LAS PERSPECTIVAS SOCIO-ECONÓMICA, LEGISLATIVA Y ESTRATEGIAS EFECTIVAS DE GESTIÓN

CARLOS EDUARDO SACO CHIPANA

Abogado por la Universidad Nacional Jorge Basadre Grohmann. Asociado de la Sección Peruana de Jóvenes Juristas de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

ABSTRACT: The research analyzes the labor migration presented in Latin America from the experience of Peru and its treatment in the current stated of pandemic by covid19. The most significant cases of our continent are evaluated based on Convention N°97 and recommendations issues by international labor organization, as well as those fundamental international instruments of the United Nations in the context of human's rights. Proposal are outline to propose mechanism with commitments from the government that are debated in the spaces of social dialogue formulate a prospective diagnostic for Latin America and the Caribbean on labor migration and the proposal of a policy to promote employment and adequate working conditions, both in the medium and long term.

KEYWORD: Latin American Labor Migration/ Migrant worker / Decent worker.

1. INTRODUCCIÓN

A consecuencia de una serie de factores, la migración laboral viene presentándose en América Latina como en el mundo a gran escala, y que, desde la experiencia del Perú en los últimos años, ha conllevado a la transformación de las relaciones laborales significativamente, estableciéndose modificaciones sustanciales a la legislación, pero sin solucionar la problemática generada: reconocimiento de los derechos laborales y el aseguramiento social (tanto en salud y como en pensiones). Actualmente los Estados vienen emitiendo normativas para mitigar el momento, sin proyecciones a mediano y largo plazo que procuren un equilibrio laboral entre el trabajador migrante y el nacional. De igual forma, la protección del Estado para los connacionales que se encuentran en el extranjero, evaluándose la existencia de políticas y mecanismos adecuados de protección.

En el contexto continental, desde 2018 en adelante se vienen desarrollando procesos de migración laboral en la región (tales son los casos de la Comunidad Andina de Naciones por parte de ciudadanos venezolanos a Colombia, Ecuador y Perú, así como las llamadas "caravanas migratorias" en Centroamérica) con consecuencias significativas. Es necesario evaluar tal fenómeno partiendo del contexto de los convenios y recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo, así como aquellos instrumentos internacionales fundamentales de las Naciones Unidas, en el contexto de los derechos humanos. Frente a ello, el contexto presentado por la COVID-19 introduce factores exógenos y endógenos

en cada nación, siendo necesario identificar las causas específicas y generar a partir de ellas, las políticas y planes de integración socio-económica destinados a intervenciones urgentes en las relaciones laborales.

A la par, es necesario que se prevean mecanismos adecuados con compromisos de los Gobiernos, que sean debatidos en los espacios de diálogo social (en el caso peruano, el Consejo Nacional de Trabajo y Promoción del Empleo), siendo necesario:

i) establecer un diagnóstico prospectivo para América Latina y el Caribe, sobre la migración laboral en base a criterios socio-económicos, y

ii) esbozar un esquema de política de promoción del empleo y condiciones laborales adecuadas para afrontar la migración laboral, a mediano y largo plazo.

2. MIGRACIÓN LABORAL: VISIÓN TEÓRICA DE SU CONTENIDO

Se define a la migración laboral simplemente como el movimiento de personas desde el país de origen a otro país, con el objeto de trabajar. Para la ocurrencia de dicha movilidad, se consideran determinados factores de origen:

Factores de Atracción	Factores de Expulsión	Redes Migrantes
Son considerados los *pull factors*. Entre ellos, encontramos las necesidades del mercado laboral internacional y la calidad de vida del país o región de destino.	Denominados como *push factors*. Entre ellos, se encuentran el desempleo del país de origen y las diferencias salariales que existen entre su país de residencia y el país destino.	Se originan ante la existencia de nexos familiares, culturales o históricos. Este factor hace que la migración sea autosostenible.

Fuente: Elaboración propia

La migración laboral en los países latinoamericanos ha conllevado a la precarización del trabajo, ya que en promedio 1 de cada 5 de trabajadores migrantes no se encuentran formalizados, sin contar con el reconocimiento de sus derechos laborales y sin protección social. Por tales circunstancias, es importante traer a la memoria, que en la 92° Conferencia Internacional del Trabajo se sostuvo una discusión general sobre trabajadores migrantes, adoptándose por consenso la Resolución relativa a un compromiso equitativo a favor de los trabajadores migrantes en la economía globalizada:

> *"La creciente movilidad de las personas en busca de oportunidades, trabajo decente y seguridad humana ha venido captando la atención de los respon-*

> *sables de la formulación de políticas y ha fomentado el diálogo con miras a la cooperación multilateral prácticamente en todas las regiones del mundo. La OIT puede desempeñar una función central en la promoción de políticas destinadas a elevar al máximo los beneficios y reducir al mínimo los riesgos de la migración basada en el trabajo."*[1]

A raíz de ello, resaltamos la creación de la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), como el organismo internacional de las Naciones Unidas para la migración. Por tanto, la OIM busca fomentar las sinergias entre la migración laboral y el desarrollo, y promover vías legales de migración laboral como alternativa a la migración irregular. Una de sus aspiraciones es facilitar el desarrollo de políticas y programas que redunden en el interés de los migrantes y la sociedad y que ofrezcan una protección efectiva a los trabajadores migrantes y a sus familiares. Entre sus principales acciones conjuntas con sus aliados estratégicos, resalta:

- Ayudar a encarar los crecientes desafíos que plantea la gestión de la migración a nivel operativo;
- Fomentar la comprensión de las cuestiones migratorias;
- Alentar el desarrollo social y económico a través de la migración; y
- Velar por el respeto de la dignidad humana y el bienestar de los migrantes[2].

A lo señalado, un agente exógeno que interviene es la coyuntura actual. Desde el 11 de marzo del 2020, fecha en la cual la Organización Mundial de la Salud (OMS) estableció que nos encontrábamos ante una pandemia mundial generado por el COVID-19. Ha transcurrido más de un año desde ello y hasta el momento, principalmente de los países americanos vienen enfrentando desafíos de índole sanitaria, social y económica en un contexto que acelera los niveles de contagio, pese a la aplicación masiva de vacunación como política pública. Siendo ésta última, aplicada en forma heterogénea en los países latinoamericanos.

1 Organización Internacional del Trabajo. "Marco multilateral de la OIT para las migraciones laborales. Principios y directrices no vinculantes para un enfoque de las migraciones laborales basado en los derechos". Primera edición. 2007, pp. 6.

2 Cfr. "La OIM y la migración laboral", véase el documento electrónico en: https://publications.iom.int/es/system/files/pdf/labour_migration_infosheet_sp.pdf.

3. PANORAMA DE LA ECONOMÍA MUNDIAL

Consideramos necesario contar con una visión económica general, para visualizar los factores que llegan a tener injerencia en las migraciones. Según la publicación del Banco Central de Reserva del Perú (en adelante BCR), efectuada en diciembre del 2019, el crecimiento del Producto Bruto Interno (PBI) a nivel mundial y las proyecciones para los años 2020 y 2021 (contexto previo a la pandemia), se tenía grandes expectativas para el desarrollo económico a nivel internacional, que compartimos a continuación[3]:

a) Revisado el PBI mundial al 2019, se tuvo un decrecimiento de 3,1% a 3,0% siendo la menor tasa desde la crisis financiera del 2008. En los próximos dos años, se esperaba una recuperación de crecimiento, debido al mantenimiento de estímulos monetarios en las economías principalmente desarrolladas y políticas fiscales expansivas, tales como Alemania y China.

b) Respecto a Europa, no existió mayor dinamismo, teniendo influencia el Brexit de Reino Unido, así como la desaceleración económica de Alemania.

c) En América Latina, se apreció un decrecimiento de 0,3% a 0,1% en el 2019, proyectándose un decrecimiento de 1,5% a 1,3% en el 2020, y una recuperación considerable en el 2021. Dicha proyección se observaba por el impacto de las condiciones exteriores, tales como las tensiones comerciales que existe entre EE.UU. y China, así como la caída del comercio. Además de ello, los acontecimientos sociopolíticos suscitados en Chile, Bolivia, Ecuador, México, Perú y Venezuela.

d) En el caso de Perú, la actividad económica creció en 2,2%, tasa inferior al periodo enero a octubre del 2018. Se debe el mismo a la reducción de exportaciones (mineras y pesqueras principalmente), por motivos transitorios de la oferta que ocasionaron su reducción, la caída de la inversión pública y desaceleración del consumo privado.

e) Se proyectaba que para los años 2020 y 2021, el Perú tendría un crecimiento del PBI de 3,8% en cada año, debido a factores como: *i)*

3 Banco Central de Reserva del Perú. "Reporte de Inflación - Diciembre 2019. Panorama actual y proyecciones macroeconómicas 2019-2021". Área de Edición e Imprenta del BCR. Lima, Diciembre de 2019, pp. 7 a 19.

recuperación de la exportación tradicional, ii) reversión de los choques de oferta que afectaron los sectores primarios, iii) viabilidad de operaciones de nuevas concesiones mineras, y iv) impulso de la inversión estatal, en el contexto de condiciones externas más favorables.

Sin embargo, dichos escenarios se vieron afectados por la pandemia generada por la COVID-19. Ante el nuevo escenario, se ha efectuado un análisis prospectivo. En una reciente publicación del Ministerio de Economía y Finanzas del Perú, se precisa una serie de proyecciones macroeconómicas que tendrán injerencia en los próximos cinco años:

a) La actividad económica global pasaría a tener un crecimiento del 5,8% en 2021, mayor a lo previsto. Tal circunstancia se ve favorecida por la continuidad de las medidas de política económica expansiva en las principales economías del mundo como Estados Unidos, Japón y la Zona Euro, las cuales están siendo acompañadas de bajas tasas de interés, mejora de los precios de las materias primas y el avance progresivo en el proceso de vacunación de la población a nivel global.

b) Los países del bloque europeo crecerían a un ritmo moderado, afectado por la expansión de las olas de contagios por COVID-19. Por su parte, las economías emergentes y en desarrollo crecerían en un 6,4%, favorecida por el sólido crecimiento de China.

c) Cabe mencionar que la proyección actual está sujeta a riesgos latentes que podrían afectar el crecimiento económico global. Entre los principales riesgos se encuentran:

   i) nuevos rebrotes y variantes del virus SARS-COV-19,

   ii) demoras en la distribución de vacunas contra la COVID-19,

   iii) escalada de las tensiones geopolíticas y sociales, principalmente en América,

   iv) correcciones abruptas en los mercados financieros internacionales, y

   v) deterioro de la situación fiscal a nivel global.

d) El contexto de recuperación de la economía global, la reducción de la volatilidad en los mercados financieros y la continuidad de las políticas de estímulo económico, incidirán de forma positiva en la evolu-

ción de los precios de las materias primas, por lo que se proyecta un mayor nivel de precios respecto a lo previsto.

e) Para el caso peruano, la economía alcanzaría una tasa de crecimiento de 10,0% en 2021, la tasa más alta desde 1994, luego de la fuerte contracción registrada en 2020. Esto debido a una mejora progresiva en la operatividad de las actividades económicas, a medida que se logre un mayor control de la pandemia de la COVID-19 y se avance con el proceso de vacunación de la población; la recuperación de la demanda interna; el efecto estadístico positivo a partir de marzo de 2021; y las mayores exportaciones debido a una recuperación de la oferta primaria y un contexto internacional favorable[4].

De lo mencionado, la economía latinoamericana encuentra situaciones que pueden generar un riesgo que afectará la reactivación económica de la región, resaltando los siguientes aspectos:

a) La demora en la adquisición, distribución y menor efectividad de las vacunas contra la COVID-19.

b) Surgimiento de tensiones políticas, sociales y comerciales en la región. Entre ellos, resaltan la crisis sociopolítica de Venezuela, la asamblea constituyente en Chile y su impacto, la elección presidencial en Bolivia y Perú, así como la crisis política en Argentina, Brasil y Colombia.

c) Potenciales problemas de financiamiento, causado por el deterioro de las condiciones fiscales internas. En caso peruano como el de otros países, el otorgamiento desmedido de bonificaciones y subsidios, que no han tenido un examen de impacto.

4 Los países de América Latina están siendo afectados por la aparición de nuevas olas de contagio más severas que las iniciales, especialmente tras el surgimiento de la variante brasileña, india y británica. Así, el nivel de contagio en la región se incrementó rápidamente al pasar de alrededor de 10 millones en octubre de 2020 a más de 25 millones en abril de 2021. En particular, Brasil es el país más afectado, al registrar solo entre marzo y abril más de 143 mil nuevos fallecidos y cerca de 3,9 millones de casos por COVID-19. Además, el avance del virus ha repercutido en algunos países cercanos como Chile y Uruguay, en donde se observaron un incremento acelerado en los contagios y mayores presiones sobre sus sistemas sanitarios, a pesar de que han presentado un mayor avance en su proceso de vacunación. En Perú, desde inicios de abril, los contagios alcanzaron mayores niveles que en la primera ola, con cerca de 10 mil casos por día. (Cfr. Ministerio de Economía y Finanzas del Perú. "Informe de actualización de proyecciones macroeconómicas 2021-2024". 2021, p. 10).

Bajo tales escenarios, para el 2021 y el quinquenio que se aproxima, el mercado laboral debería continuar con su proceso de recuperación, en línea con la reactivación económica, que permite el fortalecimiento paulatino del binomio inversión-empleo.

4. AMÉRICA LATINA: FORMALIDAD DE CONVENIOS INTERNACIONALES, IDIOSINCRACIA Y FACTORES SOCIALES

La migración laboral es por sí misma, un fenómeno influenciado por agentes económicos, sociales y políticos a la vez, encontrándonos hoy ante una definición evolucionada de la primigenia que se desprendía del Convenio N°97[5]. Como lo ha señalado la OIT, plantear una estrategia global sobre los trabajadores migrantes implica un análisis exhaustivo y el diseño de legislación y programas que tomen en cuenta sus derechos a ser tratados con los mismos criterios de trabajadores nacionales, sus derechos a la sindicación, a condiciones laborales decentes, a horarios de trabajo y salarios dignos y por supuesto, implica también, el seguimiento de una serie de problemas sociales y violaciones de derechos humanos que le acontecen a una masa tan grande de hombres, mujeres y niños, dispuestos a hacer lo que sea por su sustento y el de sus familias.

Para nuestro país, el Perú, encontramos una norma internacional de injerencia directa para supuestos específicos de migración laboral. la Decisión N°545, Instrumento Andino de Migración Laboral de fecha 25.06.2003, es de aplicación a Bolivia, Ecuador, Colombia y Perú, quienes forman parte de la Comunidad Andina de Naciones[6]. Según la Decisión N°545 encontramos definidos 4 tipos de trabajador migrante andino:

a) ***Trabajador con desplazamiento individual***, a aquella persona nacional de un país miembro que migra a otro país miembro con fines laborales. Para ello, deberá haber suscrito un contrato de trabajo, así como tener o responder a una oferta de empleo desde el país de inmigración, debiendo ser en ambos casos bajo relación de dependencia.

5 El artículo 11 del Convenio N°97, define al trabajador migrante como *aquella persona que emigra de un país a otro para ocupar un empleo que no habrá de ejercer por su propia cuenta, e incluye a cualquier persona normalmente admitida como trabajador migrante*. Se excluye el alcance del convenio a los trabajadores fronterizos, a la entrada por corto periodo de artistas y personas que ejerzan una profesión liberal, y a la gente de mar.

6 Se debe indicar que anteriormente conformaban la CAN las naciones de Chile y Venezuela, quienes se retiraron posteriormente.

b) ***Trabajador de empresa***, es el nacional andino que se traslada a otro país miembro distinto al país de su domicilio habitual, por un periodo de tiempo superior a 180 días y por disposición de la empresa para la cual labora bajo relación de dependencia, sea que ésta ya esté instalada en el otro país, tenga en curso legal un proyecto para establecerse o realice un proyecto especial allí.

c) ***Trabajador de temporada***, se considera como tal al nacional que se traslada a otro país miembro para poder ejecutar alguna de las siguientes labores cíclicas o estacionales:

- Labores de carácter agrario, tales como siembra, plantación, cultivo y cosecha de productos agrícolas.
- Tareas relacionadas con los procesos temporales propios de la actividad pecuaria.
- Tareas relacionadas con los procesos propios temporales de la actividad forestal.
- Otras actividades reguladas por el régimen de trabajadores agrarios, pecuarios y forestales cuya explotación sea de carácter cíclico o estacional.

d) ***Trabajador fronterizo***, es el nacional andino que, manteniendo su domicilio habitual en un país miembro, se traslada continuamente al ámbito fronterizo laboral de otro país para cumplir con su actividad laboral.

En el ámbito Sudamericano, se encuentra presente el Mercado Común del Sur (MERCOSUR), con el objetivo de iniciar un proceso de integración regional, estando conformado por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay. Es importante recalcar que Perú forma parte como estado asociado, Bolivia se encuentra en proceso de adhesión y Venezuela se encuentra suspendida de sus derechos y obligaciones como estado miembro. Los instrumentos de la Mercosur conceden a los ciudadanos de los Estados parte o adheridos, a solicitar la residencia legal en el territorio de otro Estado parte.

Aunado a lo expuesto, encontramos acuerdos bilaterales entre los países sudamericanos que permiten la reciprocidad en las regulaciones de trabajador migrante. Básicamente, los acuerdos buscan reconocer tanto el acceso al empleo

como a los derechos laborales y de la seguridad social sin discriminación, entre los trabajadores nacionales y extranjeros.

5. REGULACIÓN DEL TRABAJADOR MIGRANTE EN EL PERÚ

El Estado peruano ha establecido una serie de mecanismos que regulan la contratación de trabajadores extranjeros (denominación legal que se le otorga al trabajador migrante), constando de dos fases:

- La fase laboral, que se encuentra a cargo de la Autoridad Administrativa de Trabajo.
- La fase migratoria, a cargo de la Superintendencia Nacional de Migraciones.

La legislación que regula la contratación del trabajador migrante se encuentra prevista en el Decreto Legislativo N°689, Ley para la Contratación de Trabajadores Extranjeros, y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N°014-92-TR. Es importante recalcar que el trabajador extranjero sólo podrá iniciar el desarrollo de sus labores como dependiente, luego de la aprobación de su contrato de trabajo y de obtener la calidad migratoria habilitante. Siendo ello así, se puede resumir los derechos reconocidos al trabajador extranjero[7]:

a) Al goce y ejercicio de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política del Perú.

b) Acceso a la salud, a la educación y trabajo en igualdad de condiciones que los nacionales, salvo las prohibiciones y limitaciones establecidas en la normativa vigente.

c) El Estado proporciona al extranjero la información sobre los requisitos para su ingreso, permanencia, residencia y salida del territorio nacional, y cualquier otra información que sea necesaria.

Caso especial es el que refleja la migración de los ciudadanos venezolanos, no solo hacia el Perú, sino a otros países sudamericanos. Para tales casos, en el Perú se han emitido una serie de disposiciones que regulan la contratación de los mismos:

7 Coloma Cieza, Evelin; Gonzales González, Carla. "La contratación de trabajadores extranjeros. Aspectos laborales, migratorios y tributarios". Primera edición. 2021, p. 18.

- Le son aplicable las disposiciones transitorias para facilitar su regularización migratoria. A través de los Decretos Supremos N°002-2017-IN, N°023-2017-IN y N°001-2018-IN, se otorga el permiso temporal de permanencia (PTP), estableciéndose los lineamientos para la obtención de la calidad migratoria especial residentes para personas con nacionalidad venezolana.
- Asimismo, se desarrollaron mecanismos de regulación para el otorgamiento de acta de permiso extraordinario provisional y/o calidad de refugiado. Cabe precisar que estas modalidades y la anterior, se exceptúa del procedimiento de aprobación del contrato de trabajo del personal extranjero por la Autoridad Administrativa de Trabajo.

6. ESTRATEGIAS EFECTIVAS DE GESTIÓN PARA LA MIGRACIÓN LABORAL

Para dar entendimiento a la planificación de estrategias efectivas de gestión en la migración laboral, es la definición de trabajo decente. Se entiende el mismo como la labor que implica el respeto de una serie de condiciones exigidas internacionalmente, relacionadas con el trabajo ejercitado de forma libre, equitativa, segura y digna[8]. Para ello, se debe considerar los cuatro pilares del trabajo decente que fuera expuesto en la Memoria del Director General a la 87° reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo de 1999:

- ***Acceso al empleo***, lo cual involucra la previsión de oportunidades de trabajo en igualdad de condiciones para los trabajadores nacionales y extranjeros. No debe implicar ningún medio de discriminación.
- ***La protección social***, entendida la misma en sus enfoques previsional y de seguridad social. Este elemento conlleva a asegurar la existencia de empleos suficientes, debiendo existir una política estatal para su sostenibilidad, así como a las condiciones laborales y de seguridad y salud en el trabajo.
- ***Los derechos de los trabajadores***, a los cuales debe accederse sin discriminación alguna. Para ello, se delimita en cuatro principios-derechos:

8 Valderrama, Luis; Navarrete, Alejandro; Díaz, Keny; Cáceres, Joel; Tovalino, Fiorella. "Diccionario del régimen laboral peruano. Enfoque normativo, doctrinario y jurisprudencial". Primera edición. 2016, pp. 387-388.

1) La libertad de asociación y la libertad sindical, así como el reconocimiento efectivo del derecho a la negociación colectiva.
2) La eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio.
3) La abolición efectiva del trabajo infantil.
4) La eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.

- ***Diálogo social***, a través del reforzamiento de las relaciones sociales de los trabajadores, el empleador y el Estado. Debe favorecerse que los trabajadores ejerzan el derecho a exponer sus opiniones, defender sus intereses y entablar negociaciones con los empleadores y con las autoridades sobre los asuntos relacionados con la actividad laboral.

a) Propuesta de Políticas Públicas

Cada Estado deberá efectuar sus procesos de diagnóstico interno, que permite delimitar el enlace de tres pilares: incentivar políticas de promoción del empleo formal, velar por el reconocimiento de los derechos laborales y garantizar la igualdad de oportunidades. Hoy, la informalidad es uno de los factores de relevancia para no lograr los objetivos planteados en arribar a las premisas del trabajo digno.

El documento técnico "Marco multilateral de la OIT para las migraciones laborales. Principios y directrices no vinculantes para un enfoque de las migraciones laborales basado en los derechos", de la OIT, establece un listado de directrices de relevancia y de carácter orientador para el fortalecimiento, aplicación y evaluación de políticas y prácticas que resultan aplicables a los trabajadores migrantes, en escenarios nacionales e internacionales.

b) Estrategia de Gestión de Migración Laboral para América Latina

La estrategia de gestión sirve para determinar, partiendo de un estudio de línea de base nacional, la delimitación de políticas enfocadas en la generación de empleo decente enfocado en qué decisiones se deben tomar para conseguirlo. Por ello, nos permitimos sugerir un listado de lineamientos generales, que

pueden enfocar un análisis actual para proyectar políticas públicas relativas a la migración laboral:

i. Combatir la informalidad laboral. Tal medida no solo basta con generar disposiciones legales que se convierten en utopía para un trabajador de a pie. Para ello, deben establecer estrategias sectoriales, que busquen la formalidad de los emprendedores, pequeñas y micro empresas acompañadas de orientación en la gestión empresarial.

ii. Alcance de beneficios laborales sin discriminación. Un enfoque de trabajo decente, que se plasme en medir en periodos de tiempo, el grado de cumplimiento y dirigir las políticas a las zonas de informalidad, preferentemente.

iii. Fortalecimiento del Diálogo Social, la cual es esencial para formular una política de migraciones laborales adecuada, y debería promoverse y ponerse en práctica. Los gobiernos y los interlocutores sociales deberían consultar con la sociedad civil, organizaciones sindicales y las asociaciones de migrantes, la política de migraciones laborales de cada país.

iv. Fortalecimiento del sistema de inspección del trabajo, con actuaciones preventivas y orientadoras en los sectores informales. Puede aplicarse planes de formalización con seguimiento y asesoría, en reemplazo de imposición de multas.

v. Generación de políticas públicas, considerando el Programa Global de Empleo.

vi. Diagnóstico actual de la región, basada en el diálogo y la cooperación intergubernamentales sobre políticas de migraciones laborales, en consulta con los interlocutores sociales, la sociedad civil y las organizaciones de trabajadores migrantes.

CONCLUSIONES

- La migración laboral puede tener su origen en factores de atracción, de expulsión o de redes migrantes. Ha quedado acreditado que va más allá de un tema simplemente económico, social o político. Los factores que lo originan van evolucionando en el tiempo.

- Los Estados de Latinoamérica y el Caribe deben realizar diagnósticos internos de los factores de migración laboral, así como generar espacios intergubernamentales sobre políticas que se vinculen a ello.
- Los enfoques de estrategias de gestión deben encontrarse en combatir la informalidad (primer nicho que refugia a gran parte de los trabajadores extranjeros), el alcance de políticas de promoción del empleo y alcance de beneficios sociales para los trabajadores migrantes. Una tarea pendiente sigue siendo el fortalecimiento de la inspección del trabajo, como aliado para la consecución de los objetivos para que, la premisa de trabajo decente, le sea de alcance a los trabajadores migrantes.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS Y ELECTRÓNICAS

- Banco Central de Reserva del Perú. "Reporte de Inflación - Diciembre 2019. Panorama actual y proyecciones macroeconómicas 2019-2021". 2019.
- Coloma Cieza, Evelin; Gonzales González, Carla. "La contratación de trabajadores extranjeros. Aspectos laborales, migratorios y tributarios". Primera edición. 2021.
- Comunidad Andina de Naciones. "Decisión 545: Instrumento andino de migración laboral". 2003.
- Ministerio de Economía y Finanzas del Perú. "Informe de actualización de proyecciones macroeconómicas 2021-2024". 2021.
- Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo del Perú. Sitio web de Migración Laboral. Véase en: https://www2.trabajo.gob.pe/promocion-del-empleo-y-autoempleo/migracion-laboral/.
- Organización Internacional del Trabajo. "Guía sobre las normas internacionales del trabajo". Primera edición. 2008.
- Organización Internacional del Trabajo. "Marco multilateral de la OIT para las migraciones laborales. Principios y directrices no vinculantes para un enfoque de las migraciones laborales basado en los derechos". Primera edición. 2007.
- Programa Laboral de Desarrollo (PLADES). "Impacto de la inmigración venezolana en el mercado laboral de tres ciudades: Lima, Arequipa y Piura". 2019.
- Programa Laboral de Desarrollo (PLADES). "Informe sobre la situación del trabajo decente en América Latina". 2019.
- Valderrama, Luis; Navarrete, Alejandro; Díaz, Keny; Cáceres, Joel; Tovalino, Fiorella. "Diccionario del régimen laboral peruano. Enfoque normativo, doctrinario y jurisprudencial". Primera edición. 2016.

LA REACCIÓN DEL ORDENAMIENTO PERUANO ANTE LA MIGRACIÓN VENEZOLANA (2017-2021)

DANIEL ULLOA MILLARES

Daniel Ulloa es profesor ordinario de Derecho del Trabajo en la Facultad de Derecho de la PUCP (2001 a la fecha), en la Universidad ESAN (2009 a la fecha), en la Universidad de Lima (2021 a la fecha) y ex consultor de USAID, PNUD y OIT. Ha sido Director de la Maestría de Relaciones Laborales de la PUCP (2014 a 2021) así como Presidente de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (www.spdtss.org.pe) en el bienio 2017-2019. Es socio en De las Casas y Ulloa abogados (www.dyu.pe).

CHRISTA CARO PALACIOS

Abogada (2010), con estudios concluidos en la Maestría de Administración y Organización de Personas (2020) en la Universidad ESAN. Diploma en Gestión del Talento (2020) por la Universidad Carlos III, España y L'Ecole IGS-RH, Francia. Es fundadora de la Sociedad de Derecho y Empresas Digitales – SODITAL y su Directora Laboral (2020-actualidad). Dirige el área de Derecho Laboral del Estudio Amprimo, Flury, Barboza & Rodríguez Abogados (2011-actualidad).

ABSTRACT: This article details the recent immigration processes in Peru and the different options assumed by the Peruvian Government during the last years in relation with the Venezuelan immigration.

KEYWORDS: Venezuelan migration, migration movements, peruvian migratory standards.

1. ANTECEDENTES

1.1. Migraciones en el Perú

Luego de obtenida su independencia en 1821, Perú recibió importantes migraciones, por ejemplo, las provenientes de China y Japón en los siglos XIX e inicios del siglo XX. No obstante, según señala el historiador Jorge Basadre "no ha habido en el Perú inmigración a gran escala a lo largo del siglo XX salvo la japonesa que se produjo al margen del estímulo del Estado."[1] Lo mismo afirman Abusada y Pastor[2]. Esto supone que Perú, a diferencia de otros países de Latinoamérica, no haya recibido en el siglo pasado ciudadanos de origen europeo a pesar de la ocurrencia de las dos guerras mundiales o de la guerra en España, siendo que el problema racista, tal como es experimentado en otros países, no sea tal en Perú sino más bien una situación de prejuicios contra "indios, cholos y negros", situación que el citado autor explica que tiene más bien un carácter "económico, social y cultural", un estado de cosas que él denomina "histórico"[3] y que lamentablemente sigue hasta hoy.

Empero, la crisis económica y el conflicto armado interno de la década de los 80 en el siglo pasado generó que Perú no sea un país atractivo para la migración extranjera y, a contrario, pasara a ser un país de emigrantes, con destinos varios, proceso que recién se redujo en algo en la década pasada[4].

1 BASADRE, Jorge, Historia de la república del Perú, quinta edición, 1964, tomo X, p. 4685.

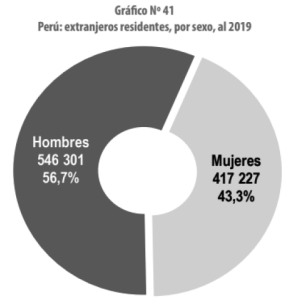
2 ABUSADA, Roberto y PASTOR, Cinthya, "Migración en el Perú, Lima, octubre de 2008, IPE, p. 5. SE puede encontrar en el siguiente enlace: https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con2_uibd.nsf/1D6BEE7456EAA93105257604006E8A7A/$FILE/migracion-en-el-peru-ipe-0510109.pdf

3 Op. cit., p. 4686-4687.

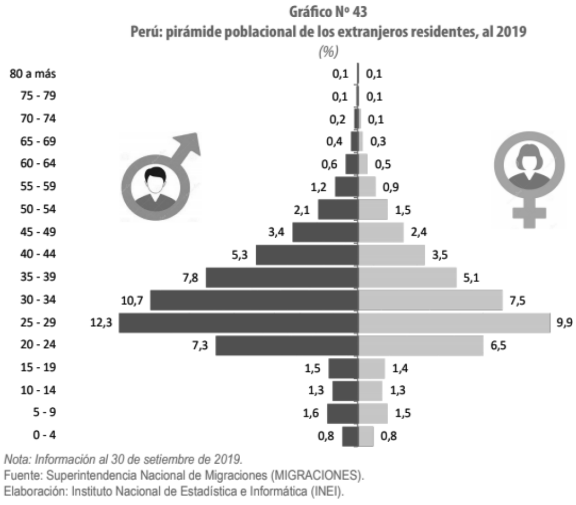
4 BLOUIN, Cécile. El bicentenario y la migración: mirando el pasado para construir otro futuro, 27/7/2020, enlace: https://idehpucp.pucp.edu.pe/notas-informativas/el-bicentenario-y-la-migra-

Según el documento "Estadísticas de la emigración internacional de peruanos e inmigración de extranjeros, 1990-2018" emitido por el Instituto Nacional de Estadística e Informática en agosto de 2020[5] podemos conocer los siguientes datos según la información existente en la Superintendencia Nacional de Migraciones:

— Al año 2019 residían en Perú 963 528 extranjeros con calidad migratoria aprobada (sea como residente o inmigrante), esto es, en ese año se encontraban en el país, siendo hombres el 56,7% y mujeres el 43,3%, tal como puede verse en el siguiente gráfico:



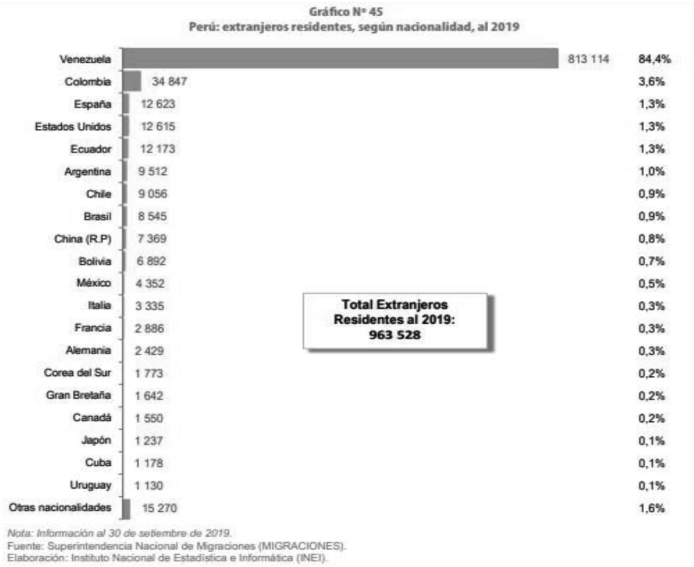
— Por edad tenemos la siguiente composición de los citados extranjeros:



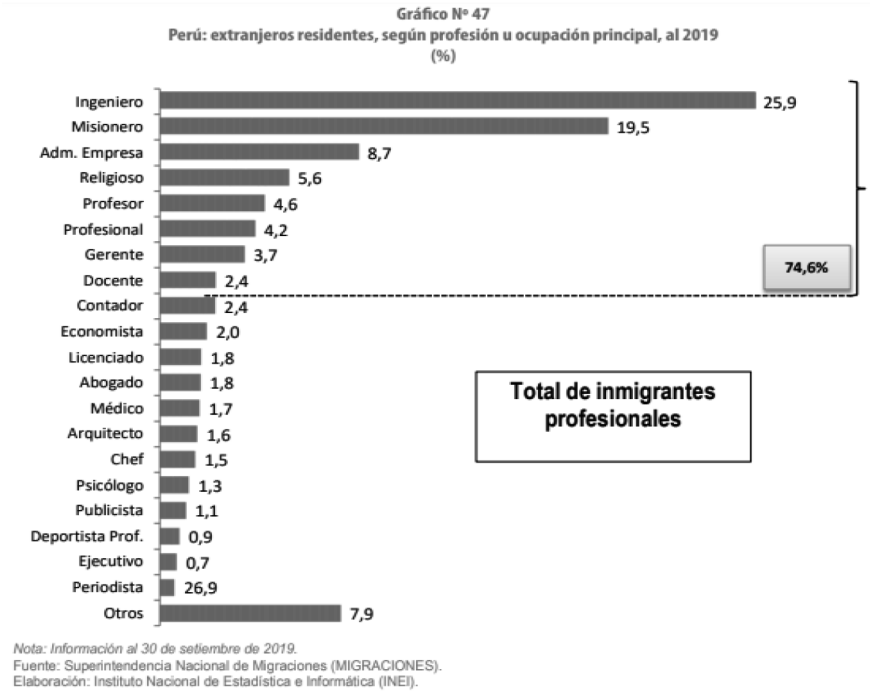
cion-mirando-el-pasado-para-construir-otro-futuro/

5 INEI, "Estadísticas de la emigración internacional de peruanos e inmigración de extranjeros, 1990-2018", agosto de 2020, se puede encontrar en el siguiente enlace: https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1749/libro.pdf

— Y según su nacionalidad, este número está compuesto de la siguiente manera:

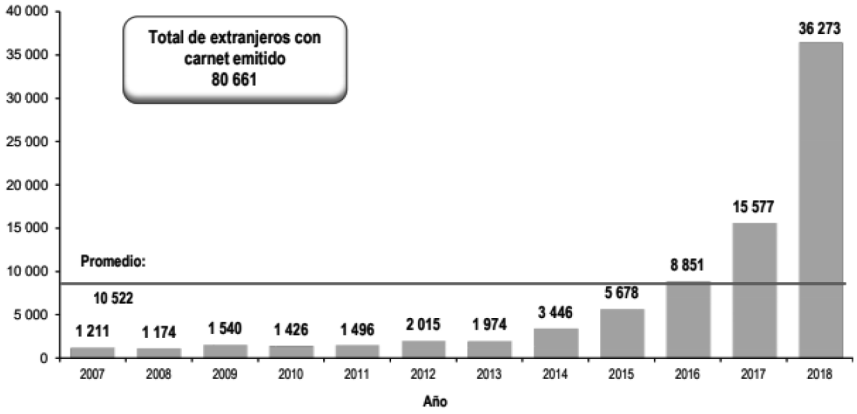


— Por su profesión tenemos la siguiente distribución:



Y respecto de estas personas, quienes obtuvieron su carné de extranjería, documento que le permite al extranjero residir válidamente en el país y desarrollar actividades en el periodo 2007 – 2018 fueron las siguientes:

Gráfico N° 48
Perú: extranjeros con carnet de extranjería, 2007 – 2018



Fuente: Superintendencia Nacional de Migraciones (MIGRACIONES).
Elaboración: Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI).

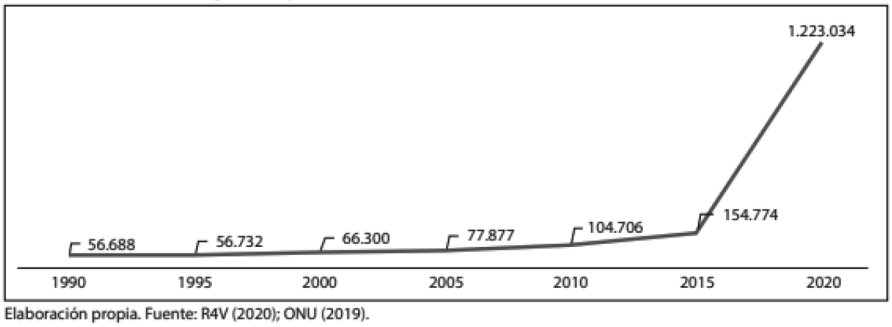
Del cuadro anterior se puede observar el importante crecimiento porcentual en residencia del personal extranjero en Perú. La tranquilidad económica obtenida en los últimos lustros podría ser una razón de este crecimiento. Pero a partir de 2017 estas cifras se modifican por la migración venezolana, convirtiendo al país en uno de recepción masiva[6].

Según un reciente documento de la coordinadora nacional de derechos humanos[7], la plataforma de coordinación para refugiados y migrantes de Venezuela (R4V) registra un total de 861 049 migrantes provenientes solamente de Venezuela en Perú a febrero de 2020, cifra que aumentó a 1 043 460 a noviembre de 2020, sobre un total de 1 223 034, que equivale al 3,81% del total de la población peruana. La situación en general se puede ver en los siguientes gráficos:

6 BLOUIN, ibid.

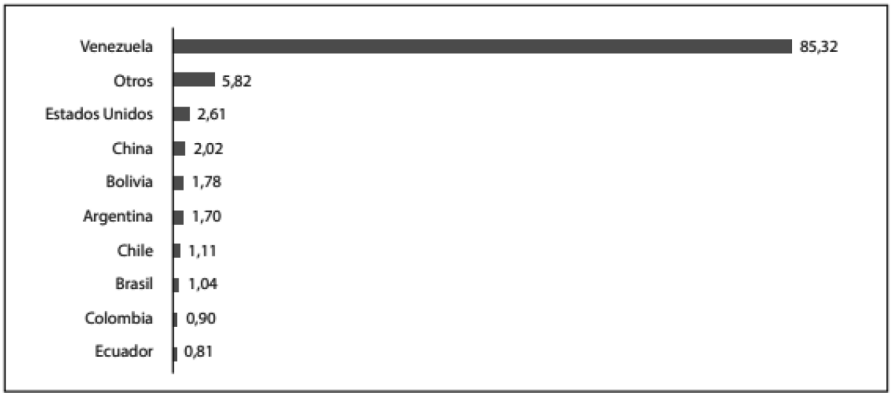
7 Informe alternativo al comité de protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, Perú 2020, p. 10. Se puede encontrar en el siguiente enlace: https://cdn01.pucp.education/idehpucp/wp-content/uploads/2020/12/21213437/Versi%C3%B3n-Digital-Informe-alternativo-diagramado.pdf

Gráfico Nº 1: Personas migrantes que residen en el Perú (1990-2020)[11]



Elaboración propia. Fuente: R4V (2020); ONU (2019).

Gráfico Nº 2: Países de origen de las personas migrantes en el Perú (1990-2020)



Elaboración propia. Fuente: ONU (2019) y R4V (2020)

1.2. Motivos o razones de la migración venezolana de los últimos años

Según los datos de la agencia de la ONU para los refugiados (ACNUR)[8] al 5 de junio de 2021 5 636 986 de venezolanos eran migrantes, refugiados o solicitantes de asilo, siendo que para entender el impacto de esa cifra, Venezuela tenía censados al año 2019 a 28,52 millones de habitantes. Esto es, una sexta parte de su población vive fuera siendo los países que han recibido a la mayor parte de los migrantes venezolanos Colombia (1 700 000 aprox.), Perú (algo más de un millón), Chile (algo menos de medio millón), Brasil (algo más de 250 mil) y Argentina (180 mil aprox.).

Esta migración, considerada la mayor en los últimos cincuenta años en un corto periodo de tiempo se da principalmente por el colapso económico y la hiperinflación así como por la violencia social y política y el desmantelamiento

8 https://www.acnur.org/situacion-en-venezuela.html

en dicho país de las instituciones que deben garantizar el respeto de los derechos humanos[9]. Al pasar hambre y no tener trabajo, es lógico entender que la gente se vea forzada a emigrar en busca de satisfacer sus necesidades básicas, situación que la pandemia del covid-19 complicó el año pasado.

Según una investigación realizada por la organización internacional de las migraciones (OIM) y difundida en marzo de 2018[10], el 60% de los venezolanos encuestados señaló que dejó su país por razones económicas, el 11% por falta de trabajo, el 10% por violencia y el 8% por falta de alimentos y medicamentos.

Como es fácil de comprobar, la mayoría de los migrantes venezolanos de los últimos años cuentan con un bajo nivel educativo y una mayor escasez económica, siendo que muchos de ellos han salido del país sin realizar un estudio del lugar al que querrían ir sino que simplemente ha sido un destino forzado[11].

2. TUTELA DE LA MIGRACIÓN

2.1. Protección universal de un derecho fundamental

Todos los seres humanos gozan de todos los derechos humanos. Ello, que parece tan simple, muchas veces no es respetado en la práctica y genera discriminación, en este caso, xenofobia, situación que todo estado democrático debe evitar para lograr respetar y hacer efectivo este derecho. Debemos recordar que los derechos previstos en la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) no son específicos de un país concreto[12] ni exclusivos de una determinada era

9 KOECHLIN, José. Entrevista realizada el 12 de abril de 2018 en ATV+ que se puede ver en el siguiente enlace: https://www.uarm.edu.pe/Noticias/entrevistas/migracion-venezolana-se-da-por-causas-economicas-violencia-social-politica#.YM_DEmhKjIU

10 Noticia publicada el 13 de marzo de 2018 en la edición web del diario Gestión que se puede ver en el siguiente enlace: https://gestion.pe/peru/politica/mayoria-venezolanos-llegan-peru-razones-economicas-segun-oim-229247-noticia/

11 ¿Qué perfil tienen los venezolanos que emigran?, comentario del 23 de febrero de 2019 que se puede revisar en el siguiente enlace: https://theconversation.com/que-perfil-tienen-los-venezolanos-que-emigran-112108

12 Un documento muy importante que se puede revisar sobre el tema es el manual regional de los derechos humanos de personas migrantes que se puede encontrar en el siguiente enlace: https://www.corteidh.or.cr/tablas/r33203.pdf

o grupo social, a contrario, son los derechos inalienables de todas las personas, entre ellos, de los migrantes[13]. La migración es un derecho humano[14].

La citada DUDH establece en su artículo 13 que toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado así como a salir de cualquier país, incluso del propio y a regresar a su país. En base a ello el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reserva a los ciudadanos el derecho a votar y participar en la dirección de asuntos públicos (artículo 25), y concede a los extranjeros el derecho a la libre circulación, siempre que se halle legalmente en el territorio de un Estado (artículo 12). Por su parte, el Comité de Derechos Humanos ha dejado claro en la observación general Nº 15 que "un extranjero puede acogerse a la protección del Pacto, incluso respecto de cuestiones de ingreso o residencia, por ejemplo, cuando se plantean cuestiones de no discriminación, de prohibición de trato inhumano y de respeto de la vida de la familia" (CCPR, Observación General Nº 15: La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto, 1986, párrafo 5). Cabe destacar, asimismo, que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos garantiza a toda persona, sin discriminación, el derecho a salir libremente de cualquier país, incluso del propio, y entrar en su propio país (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículos 12.2 y 12.4). Asimismo, en el artículo 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales también se señala una excepción a la regla general de acceso equitativo y universal al afirmar que: "Los países en desarrollo, teniendo debidamente en cuenta los derechos humanos y su economía nacional, podrán determinar en qué medida garantizarán los derechos económicos reconocidos en el presente Pacto a personas que no sean nacionales suyos." No obstante, cabe señalar que dicho artículo deberá interpretarse de manera restrictiva, aplicable solamente por los países en desarrollo y alude únicamente a los derechos económicos. En el marco del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los Estados no deberán discriminar entre nacionales suyos y los que no lo sean en lo que respecta a los derechos sociales y culturales[15].

13 RA´AD AL HUSSEIN, Zeid, introducción a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, Naciones Unidas, 2015, p. VI. Se puede revisar en el siguiente enlace: https://www.un.org/es/documents/udhr/UDHR_booklet_SP_web.pdf

14 ARIAS FLORES, Rebeca, "La migración es un derecho humano", 2019. Se puede ver en el siguiente enlace: https://onu.org.gt/home-noticias/la-migracion-es-un-derecho-humano/

15 NACIONES UNIDAS, Mejoramiento de la gobernanza basada en los derechos humanos de la migración internacional, p. 14. SE puede encontrar en el siguiente enlace: https://www.ohchr.org/

En el ámbito de las migraciones internacionales, afirma la comisión mundial de este tema, el gobierno cobra varias formas, entre ellas las políticas migratorias y los programas de cada país, debates y acuerdos entre Estados, foros multilaterales y procesos consultivos, actividades de organizaciones internacionales, al igual que las leyes y normas."[16]

2.2. Diferencia de la residencia formal con el refugio y el asilo

Los venezolanos han utilizado dos vías de lograr su permanencia en los países de destino: la formal que consiste en solicitar una autorización para residir (siguiendo las normas migratorias[17] y obteniendo normalmente un carné de extranjería) o solicitando asilo o refugio.

Lo primero fue atenuado por Perú al regular de manera específica y durante dos años (enero y julio 2017, enero y agosto 2018) el Permiso Temporal de Permanencia (PTP) que permitía trabajar durante el año de su vigencia y, debido a su demora de obtención, en un "Acta de permiso de trabajo extraordinario – provisional" (APTE) de 60 días de vigencia, renovables. Empero, no era una autorización de permanencia total sino que luego dio paso a la obligación del pasaporte para el ingreso al país, a partir del 24 de agosto de 2018, lo cual finalmente fue confirmado a partir de 2019, esto es, que el pasaporte era necesario para el ingreso salvo para los solicitantes de asilo, los menores de 18 años, las personas gestantes en situación de vulnerabilidad y los mayores de 75 años, entre otras excepciones[18]. Luego, en junio de 2019, se empezó a exigir una visa humanitaria y posteriormente expulsiones colectivas, operativos de fiscalización

documents/issues/migration/migrationhr_improvinghr_reporspt.pdf

16 Comisión Mundial sobre las Migraciones Internacionales, "Las migraciones en un mundo interdependiente: nuevas orientaciones para actuar", octubre de 2005, pág. 68.

17 La ley y el reglamento de migraciones se puede revisar en este texto (actualizado a marzo 2017): https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1260642/ley1350_migraciones_reglamento.pdf

18 ACOSTA, Diego, BLOUIN, Cecile y FELINE, Luisa, "La emigración venezolana: respuestas latinoamericanas", p. 11. Se puede revisar en el siguiente enlace: https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/59923327/Informe_Carolina20190703-111211-1uiqo6e.pdf?1562170771=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3DLa_emigracion_venezolana_respuestas_lati.pdf&Expires=1624219699&Signature=Wqf6CxytEQS01wXuesOQ-1wSZycXdRNAH~3pRWMWv9yLorcqE~MqjSDwcA5fA6l8osNcNwLu--aq7OGYdTj4KsJmTjLesrW02Lsg3dbFv4VE8AmmtjzBC~TqRq8snwjBsAhLQ0JjrSN87R6s4p7IyWFkXO91Qytjzg7UH~oIHr56ehK4EhoLfnCncmCr79wT7HY66Ou-qmx0YFWeNZHooNAeRYj0IubTVDfI3A9jlDhkPhfgpJK4JXOlmoX6Pe~aV4V2774XlPxXLZ~WCPKGWpmXCrKLaI3TN9QbAk3c1i~Ue5iPz09U0LX1R1yORdZlEMXe1PoiVczjmPNlH4OS~g__&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA

migratoria, empadronamiento obligatorio y ordenanzas diversas, cambios que iban de la mano de una creciente influencia de xenofobia y discriminación en la agenda política y mediática del país[19]. Sin embargo, estos hechos no han disminuido la presencia venezolana en Perú.

Si bien luego del PTP se puede obtener la calidad de residente, esta es temporal (un año) y su renovación depende de requisitos difíciles de cumplir para la población venezolana insertada en su gran mayoría en la economía informal[20].

A pesar de que normalmente no se otorga el asilo o refugio fácilmente, Perú es el país que más solicitudes ha recibido (156 700 al 2018), generado también por la falta de aplicación del PTP.

Según la legislación vigente son dos los estatutos de calidad humanitaria permitidos en Perú: el asilo político y el refugio.

El asilo supone otorgar, según lo prevé la Ley 27840, protección a quien se encuentre perseguido por motivos o delitos políticos y cuya libertad o vida se encuentre en peligro. Puede ser territorial (si es concedido en Perú) o diplomático (concedido en el exterior).

El refugio, en cambio, supone presentar una solicitud por este enlace (http://portal.rree.gob.pe/refugiados/SitePages/Home.aspx) a la Secretaria Ejecutiva de la Comisión Especial para los Refugiados, las oficinas descentralizadas del Ministerio de Relaciones Exteriores, cualquier oficina de la Superintendencia Nacional de Migraciones o en las fronteras y aeropuertos. Luego de presentada la solicitud, la Secretaría Ejecutiva expide a cada solicitante un documento provisional (carné de solicitante) que rige sesenta días y que deberá ser renovado mientras dure el procedimiento.

La realidad nos muestra que la inicial política receptiva se ha convertido en una política restrictiva, que dificulta el acceso a un status migratorio regular. Y por ello han aumentado las solicitudes de refugio, siendo Perú el principal receptor de dichas solicitudes, sin perjuicio de las restricciones al acceso a trabajo, salud y educación.

19 Informe…, op. cit., p. 14-15.

20 ACOSTA y otros, op. cit., p. 18.

2.3. Convenios suscritos con otros países en materia migratoria y asistencia de la OIT

Perú tiene acuerdos celebrados con Argentina, Bolivia, Chile y España, tal como se detalla en el texto de Abusada y Pastor antes citado. De otro lado, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) ha tenido varias acciones para atender la situación de inmigrantes y refugiados venezolanos. Por ejemplo, en mayo de 2019 asignó 2 millones de dólares de sus fondos voluntarios no asignados para promover intervenciones urgentes en la integración socio económica de migrantes y refugiados venezolanos en Ecuador, Colombia y Perú[21]. Sin embargo, a mayo de 2021 señaló que es preciso un mayor apoyo para fomentar la integración socioeconómica de los refugiados y migrantes venezolanos dado el impacto del COVID-19, ello basado en la estrategia regional para la integración socioeconómica de los migrantes venezolanos y sus comunidades de acogida lanzada en marzo de 2020[22], necesitándose unos 23 millones de dólares para el bienio 2021-2022.

3. RESPUESTA DEL ESTADO PERUANO A LA SITUACIÓN

3.1. Respuesta migratoria

El incremento exponencial de migrantes venezolanos en el Perú sorprendió al país al encontrarlo con una Ley de Extranjería desfasada, emitida en el año 1991 y que, hasta su derogación, nunca fue reglamentada. Asimismo, la Superintendencia Nacional de Migraciones, organismo técnico especializado adscrito al Ministerio del Interior responsable del control migratorio de ciudadanos nacionales y extranjeros, colapsó al no contar con los recursos humanos y materiales que le permitiesen atender de manera oportuna las solicitudes de cambio de calidad migratoria presentadas por miles de venezolanos al culminar el año 2016.

Por ello, a inicios de 2017, se aprobaron los lineamientos para el otorgamiento del PTP para las personas de nacionalidad venezolana[23], el mismo que

21 La noticia se puede leer en el siguiente enlace: https://www.ilo.org/americas/sala-de-prensa/WCMS_697191/lang--es/index.htm

22 Mayor información se puede revisar en el siguiente enlace: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_697644.pdf

23 Estos lineamientos fueron aprobados por Decreto Supremo N° 002-2017-IN publicado el 3 de enero del 2017. Posteriormente, y con la finalidad de ampliar la aplicación del PTP debido al con-

habilitaba al beneficiario a residir en el Perú por un año, al término del cuál se debía optar por una de las calidades o condiciones migratorias que se contemplarían en la Ley de Migraciones.

También, en 2017, se emitieron una serie de normas que modernizaron y flexibilizaron los requisitos administrativos para que extranjeros, sobre todo venezolanos, puedan residir de manera regular en el Perú. Así, se emitió el Decreto Legislativo N° 1350, Decreto Legislativo de Migraciones, y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 007-2017-IN, normas que crearon el nuevo marco regulatorio en materia migratoria y reconocen al migrante el goce y ejercicio de los derechos fundamentales, tales como el acceso a la salud, a la educación y el trabajo en igualdad de condiciones que los nacionales. Asimismo, mediante Decreto Supremo N° 015-2017-RE, se aprobó la Política Nacional Migratoria 2017-2025 con el objetivo general de garantizar el respeto y protección de los derechos de las personas migrantes, siendo uno de sus ejes temáticos el relacionado a la protección de los extranjeros y extranjeras en el Perú, con la finalidad de promover su integración en la sociedad peruana, garantizando su protección, atención y la defensa de sus derechos humanos e identidad cultural.

Entre las diferentes calidades migratorias, se creó la Especial, la cual permitía al extranjero el ingreso y permanencia en situaciones no contempladas en las demás calidades migratorias, siendo de naturaleza excepcional, subsidiaria y residual. Dicha condición migratoria, debía ser otorgada también a los ciudadanos venezolanos al culminar la vigencia del PTP[24], conforme el procedimiento que fue desarrollado más adelante a través de la Directiva "Lineamientos para la obtención de la Calidad Migratoria Especial Residente para personas de nacionalidad venezolana con Permiso Temporal de Permanencia", aprobada por Resolución de Superintendencia N° 043-2018-2018.

tinuo ingreso de venezolanos, se emitió el Decreto Supremo N° 023-2017-IN publicado el 29 de julio de 2017 y el Decreto Supremo N° 001-2018-IN publicado el 23 de enero de 2018, modificado por Decreto Supremo N° 007-2018-IN, que finalmente amplió la vigencia del procedimiento para otorgar el PTP a las personas de nacionalidad venezolana que hayan ingresado al territorio peruano hasta el 31 de octubre de 2018, y estableciendo como fecha límite para presentar la solicitud del PTP, el 31 de diciembre de 2018.

24 Conforme a la cuarta disposición complementaria Final del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1350, Ley de Migraciones, la Calidad Migratoria Especial residente debía ser otorgada a los ciudadanos venezolanos que hayan obtenido el Permiso Temporal de Permanencia – PTP.

La calidad migratoria Especial es asimismo otorgada a los extranjeros que se encuentran en situación de vulnerabilidad[25] y de extrema vulnerabilidad[26], condición en la que se encuentra un elevado número de migrantes venezolanos.

Con la nueva regulación también se creó la calidad migratoria Humanitaria, aplicable al extranjero que encontrándose en territorio nacional y sin reunir los requisitos para acceder a la condición de asilado o refugiado, se encuentre en situación de gran vulnerabilidad o peligro de vida en caso de abandono del territorio peruano, o para quien requiere protección en atención a una grave amenaza o acto de violación o afectación de sus derechos fundamentales. También se aplica para personas que se encuentren fuera del territorio peruano en situaciones excepcionales de crisis humanitaria reconocida internacionalmente, como la de Venezuela, que soliciten su ingreso al Perú para obtener protección.

Es importante no confundir la calidad migratoria Humanitaria con la visa Humanitaria. Esta última fue regulada mediante Resolución de Superintendencia N° 177-2019-Migraciones a razón de la suspensión de condición de Estado Parte del Mercosur de Venezuela, lo que a su vez limitó el derecho de sus nacionales a transitar sin pasaportes y sin visa de turismo por los territorios comunitarios. En dicho sentido, la visa Humanitaria representó un problema para los venezolanos que deseasen ingresar al Perú desde el 15 de junio de 2019, toda vez que dentro de los requisitos que debían cumplir para acceder a la visa Humanitaria, se encontraba la presentación de pasaporte, documento con el que muchos venezolanos no contaban; salvo que la persona venezolana goce de residencia permanente en países que formen parte de la Alianza del Pacífico o se encuentren en situación de vulnerabilidad.

25 Conforme se señala en el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1350, Ley de Migraciones, las personas extranjeras en situación de vulnerabilidad son aquellas que se encuentran en situación de desprotección o riesgo de no acceder al ejercicio pleno de sus derechos fundamentales en el Perú; pudiendo encontrarse en cualquier de los siguientes supuestos: víctimas de violencia familiar y sexual, víctimas de trata de personas y tráfico ilícito de migrantes, situación migratoria irregular, sustracción internacional de niños y adolescentes, personas privadas de libertad, personas con discapacidad, niños y adolescentes, personas con grave enfermedad, adultos mayores, personas pertenecientes a pueblos indígenas y tribales, personas en situación de pobreza y pobreza extrema, desplazados forzados, personas que sufren discriminación, entre otros que requieren protección en atención a una afectación o grave amenaza a sus derechos fundamentales.

26 De acuerdo con la "Directiva de Acreditación de Situación de Vulnerabilidad" aprobada por su Superintendencia Nacional de Migraciones, son personas en extrema vulnerabilidad aquellas que se encuentran en situaciones en que su vida o integridad corran peligro.

Con la declaración del Estado de Emergencia Sanitaria por las graves consecuencias del coronavirus en el Perú, el Estado peruano se vio nuevamente en la necesidad de emitir normas que para regularizar la situación migratoria de extranjeros, muchos de ellos venezolanos, emitiéndose de esta manera el Decreto Supremo N° 010-2020-IN, a través del cuál se aprobaron las medidas especiales, excepcionales y temporales para regularizar la situación migratoria de extranjeros que hayan ingresado al Perú hasta el 22 de octubre de 2020. Como consecuencia del procedimiento de regularización, el cual solo ha sido posible ser iniciado desde el 9 de julio del 2021 con la entrada en vigencia del nuevo Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA) de la Superintendencia Nacional de Migraciones, aprobado mediante Decreto Supremo N° 006-2021-IN, se emite el Carné de Permiso Temporal de Permanencia – CPP, con vigencia de un año, el cual acredita la situación migratoria regular en el país, habilitando a la persona extranjera beneficiaria a desarrollarse en actividades lucrativas.

3.2. Respuesta tributaria

A diferencia de la política migratoria adoptada por el Estado peruano ante la situación de los cientos de miles de venezolanos migrantes que se encuentran en nuestro país, en materia tributaria no ha existido ninguna respuesta. En dicho sentido, debido a que Venezuela ya no forma parte de la Comunidad Andina de Naciones y tampoco se ha celebrado con dicho país un Convenio de Doble Imposición, no existe ningún trato diferenciado a favor de los ciudadanos venezolanos, siéndoles aplicables las reglas tributarias como a cualquier otro extranjero.

Así, conforme a la legislación tributaria peruana, las rentas que generan los extranjeros por trabajo dependiente son grabadas con una tasa del 30% mientras estos no adquieran la condición de domiciliados[27], sin importar su nivel de ingresos; a diferencia de los nacionales o de los ciudadanos miembros de la Comunidad Andina de Naciones o de aquellos países con los que el Perú tenga convenios vigentes, a quienes se les aplica exoneraciones y tasas impositivas escalonadas de acuerdo al nivel de sus ingresos.

27 De conformidad con el artículo 7° del Texto único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta aprobado mediante Decreto Supremo N° 179-2004-EF, un extranjero es considerado domiciliado en el Perú cuando haya residido o permanecido en el país más de 183 días calendario en un periodo cualquiera de 12 meses, adquiriendo dicha condición a partir del 01 de enero del año siguiente.

Lo anterior, genera un grave problema que conlleva a la informalidad, toda vez que la mayor parte de ciudadanos venezolanos que viven en el Perú obtienen su fuente de ingresos de ocupaciones elementales, que son las que retribuyen con sueldos bajos y, en algunos casos, con la remuneración mínima vital.

Por otro lado, la Superintendencia Nacional Aduanas y Administración Tributaria (SUNAT) fue el primer ente estatal que reconoció al PTP como uno de los documentos que acreditan la identidad de las personas extranjeras, medida adoptada a través de la Resolución de Superintendencia N° 296-2018-SUNAT, y por la cual se permitió que los ciudadanos venezolanos que contasen con PTP, puedan inscribirse en el Registro Único de Contribuyentes (RUC).

3.3. Respuesta de la seguridad social

Al igual que en lo suscitado en materia tributaria, el Estado peruano no ha adoptado ninguna medida tendiente a proteger a los migrantes venezolanos en materia de seguridad social (salud y pensiones). Es más, éstos encuentran una barrera para acceder al Seguro Integral de Salud (SIS) que es el seguro de salud dirigido a todos los peruanos y extranjeros que no cuentan con otro tipo de seguro, ya que el único documento con el que se pueden afiliar al mismo es el carné de extranjería, cuya tramitación no es inmediata al arribo al Perú.

3.4. Respuesta laboral

Como marco general, debemos señalar que de acuerdo a la Ley de Contratación de Extranjeros aprobada por Decreto Legislativo N° 689 y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 014-92-TR, los empleadores peruanos deben dar preferencia a la contratación de trabajadores nacionales, estando los extranjeros, salvo excepciones (entre las que no se encuentran ser de nacionalidad venezolana)[28], sujetos a límites y autorizaciones.

28 Las excepciones a las que nos referimos, son las contempladas en el artículo 3° del Decreto Legislativo N° 689 que señala lo siguiente: *"Para los efectos de la presente Ley, no se consideran en las limitaciones sobre contratación de trabajadores extranjeros a que se refieren los artículos 2 y 4 de esta Ley; a) Al extranjero con cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos peruanos; b) Al extranjero con visa de inmigrante; c) Al extranjero con cuyo país de origen exista convenio de reciprocidad laboral o de doble nacionalidad; d) Al personal de empresas extranjeras dedicadas al servicio internacional de transporte, terrestre, aéreo o acuático con bandera y matrícula extranjera; e) Al personal extranjero que labore en las empresas de servicios multinacionales o bancos multinacionales, sujetos a las normas legales dictadas para estos casos específicos; f) El personal extranjero que, en virtud de convenios bilaterales o*

Las limitaciones están referidas a tres aspectos: a) Limitaciones respecto al número total de la planilla: los extranjeros no pueden superar el 20% del número total de la planilla; b) Limitaciones respecto al monto de las remuneraciones de toda la planilla: la sumatoria de las remuneraciones de los extranjeros no pueden superar el 30% de la sumatoria de las remuneraciones de toda la planilla; y c) Limitaciones temporales: los contratos de trabajo son de hasta 3 años renovables.

En lo que respecta a las autorizaciones, para que un extranjero preste servicios dependientes deberá contar con una condición o calidad migratoria habilitante otorgada por la Superintendencia Nacional de Migraciones o el Ministerio de Relaciones Exteriores, así como con un contrato de trabajo aprobado por la Autoridad Administrativa de Trabajo, para lo cual era necesario adjuntar, entre otros documentos, el título profesional o los certificados de trabajo que acrediten la capacitación del extranjero[29] documentos que, de haber sido emitidos en el extranjero, debían contar con la legalización consular o la Apostilla de La Haya.

Sin embargo, y como antes se ha precisado, el Estado peruano estableció lineamientos para el otorgamiento del PTP a favor de las personas de nacionalidad venezolana que se encontraban en el país. Los dispositivos que regularon la emisión del PTP, señalaron que la Superintendencia Nacional de Migraciones debía comunicar al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo el otorgamiento del PTP, a efectos que se libere a la persona beneficiaria de las restricciones de carácter laboral. Asimismo, y ante las demoras en la tramitación del PTP, mediante Resolución de Superintendencia N° 0165-2018-IN, se reguló el "Acta de permiso extraordinario de trabajo" (APTE), la cual habilitaba al ciudadano venezolano a trabajador por el plazo de sesenta días, mientras se encontraba en trámite su PTP.

En virtud a lo anterior, y de acuerdo con los principios y objetivos de la Política Nacional Migratoria 2017-2015 a la que antes hemos hecho referencia, con fecha 15 de junio de 2018, el Ministerio de Trabajo y Promoción del

multilaterales celebrados por el Gobierno del Perú, prestare sus servicios en el país; g) Al inversionista extranjero, haya o no renunciado a la exportación del capital y utilidades de su inversión, siempre que ésta tenga un monto permanente durante la vigencia del contrato no menor de 5 UIT; h) Los artistas, deportistas y en general aquellos que actúen en espectáculos públicos en el territorio de la República, durante un período máximo de tres meses al año. El personal comprendido en este artículo no está sujeto al trámite de aprobación de los contratos ni a los porcentajes limitativos establecidos en el artículo 4 de la presente Ley."

29 Esta exigencia estuvo vigente hasta la emisión del Decreto Legislativo N° 1246 que aprobó diversas medidas de simplificación administrativa, publicado el 10 de noviembre de 2016.

Empleo emitió un comunicado difundido a través de su página web y sus redes sociales, informando que los ciudadanos venezolanos que cuenten con el PTP o el APTE, o la condición de Refugiados, podrían trabajar dependientemente sin necesidad de realizar el procedimiento de aprobación de contrato de personal extranjero, ni trámite adicional alguno ante la Autoridad Administrativa de Trabajo. En dicho sentido, a partir de la fecha referida, no existió obligación alguna de someter a aprobación del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, el contrato de trabajo suscrito con ciudadanos venezolanos que contaban con el PTP o el APTE.

El criterio adoptado por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, fue posteriormente formalizado mediante la emisión del Resolución Ministerial N° 176-2018-TR de fecha 05 de julio de 2018. A través de dicha Resolución, se precisó que la liberación de las restricciones laborales a que se referían las normas emitidas por el Sector Interior (dentro del que se encuentra la Superintendencia Nacional de Migraciones), no comprendían los límites porcentuales y la contratación temporal del Decreto Legislativo Nº 689. Asimismo, se señaló que durante la vigencia del contrato de trabajo regulado por dicha Resolución, podría iniciarse el procedimiento de aprobación y registro del contrato de trabajo de personal extranjero regulado por el Decreto Legislativo N° 689; es decir, iniciar el procedimiento de aprobación y registro del contrato de trabajo ante el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, para los ciudadanos venezolanos beneficiarios del PTP o del APTE, resultaba facultativo.

Posteriormente, y con la emisión del Decreto Supremo N° 008-2018-TR, se estableció que los contratos de trabajo con extranjeros se consideraban aprobados desde su presentación a la Autoridad Administrativa de Trabajo[30] a través del Sistema Virtual de Contratos de Extranjeros[31], lo cual aceleró la

30 En la práctica, y de forma previa a la masiva migración de venezolanos, los contratos de trabajo de extranjeros eran aprobados por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo en un plazo de 5 días hábiles conforme lo establecía el Texto Único de Procedimientos Administrativos – TUPA de dicha entidad, lo cual se extendió hasta en 2 meses debido a la falta de recursos técnicos y humanos. Por ello, la modificación realizada con el Decreto Supremo N° 008-2018-TR fue un acierto que redundó de forma positiva en la tramitación de la calidad migratoria de Trabajador Residente por la que muchos venezolanos optaban al encontrar trabajos formales, ya que obtener la aprobación de su contrato de trabajo era un requisito para iniciar el cambio de calidad migratoria ante la Superintendencia Nacional de Migraciones.

31 El Sistema Virtual de Contratos de Extranjeros – SIVICE entró en funcionamiento el 16 de noviembre de 2020. Hasta ese momento, los contratos de trabajo con extranjeros eran presentados de manera virtual a través de la mesa de partes virtual del Ministerio de Trabajo y Promoción del

contratación y los trámites migratorios de los ciudadanos venezolanos que no contaban con PTP ni APTE.

En lo que respecta a la supervisión del cumplimiento de las obligaciones laborales a favor de los trabajadores venezolanos, la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (SUNAFIL), aprobó mediante Resolución de Superintendencia N° 235-2019-SUNAFIL, el Protocolo N° 005-2019-SUNAFIL/INII, "Protocolo de fiscalización del cumplimiento de las disposiciones referentes a la contratación de trabajadores extranjeros", reconociendo como calidad migratoria habilitante en el caso de ciudadanos de nacionalidad venezolana, el PTP o el APTE, y señalando que en relación a aquellos, no se requeriría la verificación de la aprobación del contrato de trabajo.

4. CONCLUSIONES

- Pese a las importantes migraciones recibidas por Perú en los siglos XIX y XX, ninguna se comparó a la venezolana producida de manera masiva a partir del año 2017.
- El Estado peruano, entre el 2017 y la primera mitad de 2019, condujo una política migratoria de apertura con los venezolanos, flexibilizando las normas y procedimientos migratorios con la finalidad de que residan de manera regular en nuestro país. Dicha política se endureció al limitar durante el último semestre de 2019, el ingreso a aquellos que contaban con visa de turismo, humanitaria o de cualquier otra clase.
- Sin perjuicio de lo señalado, la política migratoria permite que extranjeros en situaciones de vulnerabilidad, en su gran mayoría ciudadanos venezolanos, puedan residir legalmente en Perú al obtener la calidad migratoria Especial, la misma que les permite realizar actividades en el país, así como contar con afiliación al SIS al ser identificados con un carné de extranjería.

Empleo y, antes de la declaración del Estado de Emergencia Sanitaria por la pandemia del coronavirus, de manera física en la sede de dicha entidad.

TRABAJADORES ATÍPICOS E INFORMALES

NON-STANDARD AND INFORMAL WORKERS

EXISTENCIA DE LOS ELEMENTOS DEL CONTRATO DE TRABAJO PARA EL RECONOCIMIENTO DE LA RELACIÓN LABORAL ENTRE LA PLATAFORMA DIGITAL Y LOS REPARTIDORES: CASO RAPPI COLOMBIA

ÁNGELA SOFÍA BILBAO PAZMIÑO

Estudiante del programa de Derecho de la Universidad del Cauca (Colombia). Actualmente es miembro activo del Semillero de Investigación de Derecho Laboral y Seguridad Social "SIDELSER"

LAURA SOFÍA PÉREZ PIANDA

Estudiante de Octavo Semestre de Derecho de la Universidad del Cauca, quien se encuentra adscrita al Semillero de Investigación de Derecho Laboral y Seguridad Social "SIDELSER".

ABSTRACT: Atypical and informal job types have increased because of different factors, like joining digital job platforms. This has allowed a bigger number of people to access to the job market. In Colombia, there is an unemployment crisis and the appearance of platforms like Rappi, a delivery and packaging platform, have helped to partially solve the problem, because some people have decided to join these platforms in order to survive. However, in Colombia there is no legal regulation about the employment bond between the digital platform and the deliverer. For this reason, the objective of this document is to demonstrate the presence of the employment contract's elements established in Código Sustantivo del Trabajo in Rappi s operations in Colombia.

KEYWORDS: Digital Platforms, Employment Contract, Deliverers, Delivery Man.

1 INTRODUCCIÓN

Los avances tecnológicos han modificado las relaciones laborales. Este es el caso de las plataformas digitales que facilitan el crecimiento de diversos sectores de la economía, entre ellos el *delivery*. Además, resultan ser una alternativa para entrar al mercado laboral. En Colombia, una de las plataformas más representativas de domicilios es Rappi, con la cual muchas personas obtienen ingresos al vincularse como repartidores. Pese a ello, no existe regulación jurídica en materia laboral, por lo que los domiciliarios se encuentran en condición de atipicidad e informalidad. De acuerdo con lo anterior, el objeto del presente escrito es conocer las condiciones de los afiliados a la plataforma Rappi y, de ese modo, verificar los indicios de laboralidad presentes en el funcionamiento de la plataforma. Se parte de un recuento de los pronunciamientos jurisprudenciales realizados en diferentes países sobre el reconocimiento de la relación laboral, para luego estudiar el escenario actual de Rappi en Colombia. Posteriormente, se analizan los elementos esenciales del contrato de trabajo establecidos en la legislación laboral colombiana y la forma en que la que estos están inmersos en la relación que se da entre la aplicación y los repartidores. Esto con el fin de determinar si esposible reconocer la existencia de una relación laboral, lo cual implicaría que cada uno de los domiciliarios cuente con las garantías propias de un trabajo formal.

2 FUNCIONAMIENTO DE LAS PLATAFORMAS DIGITALES

La economía se ha transformado gracias a la incorporación de las tecnologías, y una de estas innovaciones es el surgimiento de la economía colaborativa y *Crowdsourcing*. Dentro de este último se incluye el "trabajo a demanda vía app" (*work on demand via app*), en el cual la plataforma fija las condiciones para su funcionamiento y se vinculan particulares, quienes atienden solicitudes de los consumidores por medio de aplicaciones digitales (Sánchez-Urán, 2018). Las plataformas digitales son servicios que facilitan la externalización de tareas y cuentan con una infraestructura técnica que les permite a las personas realizar solicitudes a un gran número de prestadores de servicios potenciales ubicados en diferentes sitios geográficos, que pueden realizar diversas tareas y cobrar por su labor. Entre tanto, los solicitantes están en la obligación de pagar por la ejecución de una tarea y tienen la posibilidad de evaluar el cumplimiento de la actividad (Berg et al., 2019).

Cabe señalar que entre los tipos de plataformas digitales se encuentran: las plataformas en línea, en las que "el trabajo se terceriza *on line* mediante convocatorias abiertas a una audiencia geográficamente dispersa que trabajará ofreciendo servicios virtuales" (Del Bono, 2019, p. 2); el segundo tipo son las que se ejecutan por medio de aplicaciones móviles con geolocalización, en las cuales el trabajo es asignado a personas que prestan servicios físicos dependiendo del lugar donde se ubiquen (Del Bono, 2019), en estas se encuentran las plataformas de domicilios y transporte. Estos tipos de plataforma tienen en común su funcionamiento, que consiste en el acercamiento entre los usuarios y quienes prestan el servicio (Ramírez et al., 2021). Las aplicaciones son utilizadas masivamente en la mayoría de países, sin embargo, su operatividad ha generado desafíos para su regulación.

3 REVISIÓN DE ALGUNOS DE LOS FALLOS PROFERIDOS POR TRIBUNALES EXTRANJEROS FRENTE AL RECONOCIMIENTO DE UNA RELACIÓN LABORAL ENTRE LAS PLATAFORMAS DE MENSAJERÍA Y DOMICILIO Y SUS REPARTIDORES

Alrededor del mundo una de las actividades que ha tomado más relevancia en los últimos años es el servicio de domicilios a través de plataformas digitales. No obstante, el reconocimiento de los derechos laborales de los repartidores es todavía limitado y, en algunos casos, inexistente, es por ello que son considerados como trabajadores atípicos e informales. De tal manera, la falta de regulación ha

sido cuestionada en muchos países, empero, existen pronunciamientos judiciales que reconocen la existencia de una relación laboral entre la plataforma y los domiciliarios. Según el estudio "¿Son trabajadores o contratistas independientes? Balance Jurisprudencial del Trabajo en plataformas" de Ramírez et al. (2021), los países con un número representativo de pronunciamientos judiciales sobre el tema son España, Estados Unidos, Brasil, Reino Unido, Canadá, Chile y Francia.

En España, existe una normativa denominada el "Estatuto del Trabajo Autónomo", que protege a un colectivo de trabajadores independientes, quienes dependen económicamente de quien los contrata, pese a su autonomía funcional; también permite el reconocimiento de la relación laboral siempre que se cumpla con los requisitos que establece dicha regulación. La jurisprudencia española considera que la naturaleza del contrato está determinada por la realidad de la relación desarrollada, más allá de la denominación que le otorguen las partes (Giubergia y Palazuelos, 2020). En este país existen al menos trece fallos que reconocen la existencia de una relación laboral. Uno de ellos, es el caso contra Glovo, proceso en el cual el Tribunal Supremo estipuló que los repartidores están sujetos al control por geolocalización, lo que es un indicio de la dependencia del repartidor con la plataforma. Asimismo, en un pleito contra Glovo el Tribunal de Asturias se pronunció sobre el ranking interno y los controles indirectos ejercidos por la plataforma mediante sistemas de vigilancia constantes al trabajador; en razón de ello, se concluyó que el repartidor no opera de forma autónoma sino bajo el mandode la plataforma (Ramírez et al., 2021).

De igual modo, en Estados Unidos se han proferido cinco fallos hasta la fecha, donde se reconoce la relación laboral y dos sentencias que la niegan. Uno de ellos fue pronunciado por la Corte de Apelaciones de Nueva York en un caso contra Postmates; la Corte argumentó que a pesar de que los mensajeros pueden elegir su horario y ruta de entregas, la empresa controla los aspectos más significativos de su trabajo, como la elección de los clientes, las zonas y los tiempos de entrega, el valor y las formas de pago (Ramírez et al., 2021).

Por otra parte, en Brasil existen dos fallos que reconocen la relación de trabajo y uno donde la niega. Precisamente, en un caso contra LOGI, un juez reconoció la relación laboral basando su decisión en la remuneración que reciben los mensajeros; también estableció que ellos no tenían libertad de fijar la tarifa de sus servicios, y resaltó que si el trabajador no puede negociar la tarifa no es autónomo. Igualmente, en Canadá, en un caso contra Foodora, la Junta

de Relaciones Laborales de Ontario estableció que el pago de los mensajeros se asemeja al de unempleado convencional, pues el repartidor no puede variar la tarifa de cobro. Mientras tanto, enChile, en una demanda contra Pedidos Ya, una jueza determinó que se configuraba la relación laboral, puesto que el trabajador no tenía injerencia en la fijación de la tarifa del servicio (Ramírez et al. 2021).

También se debe hacer mención del hecho de que en Francia se han proferido dos fallos que reconocen la relación laboral. La Corte de Casación Francesa, en un caso contra Take Eat Easy, aseguró que la geolocalización es una forma de control que tiene la empresa sobre el repartidor cuando este realiza sus entregas (Ramírez et al., 2021).

En el caso de Colombia, se han interpuesto al menos tres acciones de tutela contra Rappi para la protección de los derechos fundamentales de sus repartidores. La primera acción de tutela corresponde a la N°11001 4003 066 2019 01064 00, tramitada por el Despacho Cuarenta y Ocho de Pequeñas Causas de Bogotá. Este es el caso de un accidente de tránsito sufrido por un repartidor mientras realizaba una entrega, lo que le produjo un trauma craneoencefálico severo y fractura de mandíbula. Como respuesta a ello, el juez amparó únicamente el derecho a la vida y a la salud, mas no se pronunció sobre la ausencia de afiliación y pago de la seguridad social por parte de Rappi. Finalmente, eximió a la compañía de cualquier responsabilidad, no ordenó la afiliación y determinó que por tratarse de un accidente de tránsitodebía ser pagado por el SOAT y el ADRES[1] (Politika, 2019).

El segundo caso en mención estuvo a cargo de un Juzgado Civil Municipal de Bogotá, en el que se decidió sobre la inhabilitación de un domiciliario en la plataforma. El accionante "pretendía proteger sus derechos al debido proceso y al mínimo vital" (infobae, 2021, párr. 7), frente a lo cual Rappi manifestó que la suspensión fue consecuencia del incumplimiento de los términos y condiciones de la aplicación, sin embargo, se evidenció que no existían pruebas para impedirle el acceso a la plataforma. El juez argumentó que Rappi posee la facultad de suspender los perfiles de los domiciliarios impidiendo la defensa real y material del repartidor. Además, en el fallo se ordenó reactivar la cuenta del operador

1 El Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito (SOAT) es un seguro obligatorio establecido por Ley colombiana. Su objetivo es asegurar la atención, de manera inmediata, a las víctimas de accidentes de tránsito que sufren lesiones corporales y muerte. El ADRESS es la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, entidad adscrita al Ministerio de Salud y Protección Social.

para que siga vinculado a la plataforma y que se tenga en cuenta el ingreso mínimo vital y el debido proceso. Este es un fallo transitorio y concede un plazo de cuatro meses para que se acuda a un juez laboral, a fin de que resuelva si se presenta una vulneración de derechos laborales; cabe aclarar que hasta el momento no ha habido más pronunciamientos sobre el asunto (infobae, 2021).

El último caso es la acción de tutela con número de referencia 11001 40 03 057 2020 00353 00, resuelta por el Juzgado Cincuenta y Siete Civil Municipal de Bogotá, interpuesta por un repartidor que fue desvinculado por la plataforma durante una incapacidad ocasionada por sufrir dos accidentes de tránsito. El accionante solicitó ser reintegrado, que se cancelaran las sumas adeudadas y que se reconociera la indemnización de 180 días de salario por vulnerar la estabilidad ocupacional reforzada por el fuero de salud. Ante tal situación, la jueza no profirió orden de reintegro ni el pago de las sumas adeudas, únicamente ordenó que se pagará la incapacidad; aseveró que con las pruebas aportadas no podía verificarse el cumplimiento de los elementos del contrato de trabajo señalados en la ley laboral. Respecto al salario, afirmó que los ingresos recibidos por el accionante solo podrían ser considerados como salario si se verifica la existencia de la subordinación. Asimismo, señaló que no se evidenciaron actuacionesque permitieran determinar que el accionante recibía órdenes, por parte de Rappi, que generarán una subordinación. Finalmente, se indicó que el asunto debía ser presentado ante lajurisdicción ordinaria civil o laboral para obtener una respuesta de fondo (Rama Judicial del Poder Público - Juzgado Cincuenta y Siete Civil Municipal, 2020).

Por otro lado, en un proceso contra Mercadoni, el Juzgado Sexto Laboral de Pequeñas Causasde Bogotá declaró la existencia de una relación laboral entre un domiciliario y la empresa. A partir del análisis probatorio se logró verificar la concurrencia de los elementos de un contrato laboral debido al principio de primacía de realidad sobre las formas (Rama Judicial del Poder Público - Juzgado Sexto Municipal Laboral de Pequeñas Causas de Bogotá, 2020).

Conforme a lo anterior, se puede observar que los Tribunales de varios países están emitiendo los primeros fallos que reconocen la presencia de los elementos que constituyen una relación laboral entre los domiciliarios y las plataformas, a pesar de que estas últimas quieran ocultar la realidad de la contratación. Es preciso recalcar que en Colombia aún no existe un precedente judicial lo suficientemente estructurado ni tampoco un pronunciamiento proferido por

uno de losTribunales de cierre sobre el reconocimiento de una relación laboral en las aplicaciones de domicilios.

4 PANORAMA LABORAL EN COLOMBIA

El contexto laboral colombiano está permeado por la precariedad y la informalidad. Según el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), en el mes de marzo de 2020[2], la tasa de desempleo fue de 12,6 %, y para el mismo mes del año 2021 fue de 14,2 %, lo que representó un aumento de 1,6 puntos porcentuales (Departamento Administrativo Nacional de Estadística [DANE], 2021a). Además, el DANE señaló que en el primer trimestre del año la proporción de ocupados informales fue de 49,0 % en 23 ciudades y áreas metropolitanas[3]. El mayor porcentaje de informalidad se registró en Cúcuta (72,4 %), Sincelejo (67,1 %) y Riohacha (67,1 %). Mientras que las menores cifras se evidenciaron en Manizales (40,4 %), Tunja (41,4 %) y Medellín (41,9 %) (DANE, 2021b).

Este escenario ha propiciado el crecimiento de las plataformas digitales, al tiempo que ha incrementado el número de usuarios y proveedores del servicio; lo anterior se debe a la influencia de factores como la desigualdad de ingresos, la densidad de la población urbana y la infraestructura digital (Hidalgo y Salazar, 2020). Actualmente, a esta lista se suman dos factores determinantes: el primero es la migración de ciudadanos venezolanos hacia Colombia. De acuerdo con el último reporte de Migración Colombia (2021), con corte a 31 de enero de 2021, se encuentran 759 584 venezolanos en situación de regularidad y 983 343 irregulares, sumando un total de 1 742 927 migrantes venezolanos. El segundo factor es la crisis ocasionada por la pandemia del SARS-CoV-2, que incidió en gran medida en el panorama económico y en el mercado laboral, al afectar los empleos de un alto número de trabajadores (Centro de Investigaciones para el Desarrollo - CID, 2020). Dichos factores conllevan al aumento de la economía informal y la tasa de desempleo, desencadenando que las personas opten por vincularse a las plataformas digitales como medio de subsistencia, teniendo en

2 Datos consultados hasta la fecha de redacción del escrito.

3 Bogotá D. C., Villavicencio, Medellín - Valle de Aburrá, Tunja, Cali - Yumbo, Florencia, Barranquilla -Soledad, Popayán, Bucaramanga - Girón, Piedecuesta, Floridablanca, Valledupar, Manizales -Villa María, Quibdó, Pasto, Neiva, Pereira, Dosquebradas y la Virginia, Riohacha, Cúcuta, Villas del Rosario, Los Patios y El Zulia, Santa Marta, Ibagué, Armenia, Montería, Sincelejo, Cartagena, San Andrés.

cuenta que para acceder a ellas no es necesario contar con experiencia laboral ni altos niveles educativos.

5 RAPPI: LA PLATAFORMA DE MENSAJERÍA Y DOMICILIO MÁS GRANDE DE COLOMBIA

Una de las plataformas que ha tenido mayor acogida es Rappi, una empresa colombiana de mensajería y domicilio fundada por Simón Borrero, Felipe Villamarín y Sebastián Mejía en el año 2015. Está presente en varios países de Latinoamérica como Argentina, Brasil, Chile, México, Perú, Uruguay y Colombia. Precisamente, en este último país, debido a la pandemia, Rappi recibió más de 100 000 solicitudes de vinculación, de manera que en febrero eran 25 000 personas y en mayo 50 000, duplicando la cantidad de rappitenderos vinculados; las descargas de la aplicación aumentaron y ahora son más de 500 (Portafolio, 2020). Bajo ese entendido, el papel desempeñado por Rappi frente a la pandemia en Colombia es considerable,dado que ha permitido que muchas personas tengan una fuente de ingresos que no hubieran podido obtener de no haberse vinculado a la plataforma.

Es de mencionar que la plataforma tiene un modelo de negocio que permite acercar, a través de un dispositivo electrónico y métodos de pago como el efectivo y la tarjeta de crédito a tres sujetos: consumidores, comerciantes (que actúan como proveedores) y domiciliarios denominados rappitenderos y quizá uno adicional, el cual sería la misma aplicación representada por sus socios (Querubín y Cardona, 2020). Ofrece diversos servicios y productoscomo restaurantes, bancos, farmacias, supermercados, tecnología, viajes, incluso sirve para enviar dinero en efectivo. Con la recolección de la información generada por los usuarios construye bases de datos que le permiten conocer las compras habituales, los gustos y las ubicaciones, lo cual posibilita la predicción de las compras deseadas y causar un impacto en el sector económico (Querubín y Cardona, 2020).

Así pues, el objetivo de Rappi es que las partes del esquema de negocio estén conformes con los beneficios que obtienen mediante el balance de la oferta y la demanda. El usuario recibe una oferta amplia de productos y servicios; el rappitendero genera ingresos a partir de la entrega de los pedidos que le realizan, y el proveedor tendrá un crecimiento en sus ventas debido a la cantidad de usuarios (Bustos y Velásquez, 2019).

La aplicación controla los aspectos esenciales de la operación como lo son: la transacción, el reparto, la vinculación, la fijación del valor del domicilio y la evaluación del servicio (Hidalgo y Salazar, 2020). Para vincularse a esta plataforma, los rappitenderos deben aceptar los términos y condiciones establecidos y cumplir con requisitos como ser mayor de edad, contar con licencia de conducción, documentos del vehículo actualizados, teléfono inteligente Android con plan de datos, el maletín y los elementos distintivos de la plataforma. Para sus operaciones, Rappi divide las ciudades en microzonas, que son asignadas según el volumen de pedidos (Bustos y Velásquez, 2019). La labor de los rappitenderos inicia con la aceptación de una solicitud realizada por un cliente y termina con el cumplimiento de la tarea encomendada, al final obtiene una calificación del usuario de acuerdo con el resultado. Si el rappitendero cuenta con un buen desempeño se verá beneficiado con un mayor número de solicitudes y podrá obtener bonificaciones. En caso contrario, es posible que sea penalizado o bloqueado en la aplicación (Querubín y Cardona, 2020).

Ahora bien, los encargos solicitados por los usuarios en la plataforma son ejecutados por los rappitenderos mediante un contrato de mandato. La legislación colombiana lo define como un contrato en el que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo por cuenta y riesgo propio. Esto conforme al artículo 2142 del Código Civil colombiano. En este caso, es celebrado por medios electrónicos entre el consumidor (mandante) y el rappitendero (mandatario), con el propósito de encargar la compraventa o cualquier otro contrato lícito para adquirir los bienes y servicios exhibidos por el operador (Rappi S.A.S.) en la plataforma. La aplicación no es productor, proveedor, expendedor, agente, distribuidor y, en general, ningún tipo de comercializador de los productos que exhibe, sino que opera únicamente como una plataforma tecnológica y en ningún caso se vincula en la relación de mandato. El rappitendero está obligado a cumplir con el encargo del consumidor a cambio de recibir una remuneración como contraprestación. Además, debe ser una persona con capacidad legal para ser sujeto de derechos y obligaciones (Rappi, s.f.a).

6 ANÁLISIS DE LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO DE TRABAJO EN EL CASO DE RAPPICOLOMBIA.

La Organización Internacional del Trabajo - OIT señaló que la existencia de una relación laboralse determina teniendo en cuenta los hechos relativos a

la ejecución del trabajo y la remuneración del trabajador, independientemente de cualquier arreglo en contrario, que lo caracterice de forma diferente a una laboral. De igual forma, la OIT indicó que los Estados Miembros deben tener en cuenta cualquier indicio que permita evidenciar la relación laboral, entre los cuales están: que la actividad laboral debe ser ejecutada personalmente por el trabajador designado según las instrucciones y el control del empleador además de un pago como remuneración periódica (Fedesarrollo - Centro de Investigación Económica y Social, 2019).

A continuación se realiza un análisis de los elementos del contrato de trabajo consagrados en la legislación colombiana y cómo se ven reflejados en las operaciones de la plataforma Rappi, con el fin de determinar si entre Rappi y sus rappitenderos existe una relación de trabajo formal. En primer lugar, es importante señalar que la Constitución Política de Colombia de 1991consagra en su artículo 25 que el trabajo es un derecho y una obligación social, por lo que gozaen todas sus modalidades de la especial protección del Estado, así que toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas.

Es necesario recalcar que el trabajo debe garantizarse bajo principios mínimos de remuneración mínima vital y móvil proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad enel empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; interpretación favorable de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales y garantía a la seguridad social. También, deben tenerse en cuenta los convenios internacionales del trabajo, pues forman parte del bloque de constitucionalidad. Igualmente, se establece que ninguna ley, acuerdo, contrato y/o convenio de trabajo pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores (Constitución Política de 1991, art. 53).

Ahora bien, el contrato de trabajo es aquel por el cual una persona natural, bajo la continuada dependencia o subordinación, se obliga a prestar un servicio personal a otra que puede ser natural o jurídica a cambio de una remuneración (Código Sustantivo del Trabajo, 1951, art. 22). Así pues, el contrato de trabajo está configurado por los siguientes elementos esenciales:

a. Prestación personal del servicio.
b. Continuada subordinación.

c. Salario como retribución del servicio (Código Sustantivo del Trabajo, 1951, art. 23).

6.1. Prestación personal del servicio

La prestación personal del servicio consiste en que el trabajador debe realizar de forma personal las obligaciones que adquirió en el contrato, lo que implica que no es posible delegarlas ni ser reemplazado por un tercero (Sánchez, 1984 como se citó en Duque y Narváez, 2021), puesto que debe ser realizada específicamente por la persona que se contrató para dicha actividad. En el caso de Rappi, dicho elemento está presente en el monitoreo por parte de la plataforma al rappitendero, pues está obligado a cumplir personalmente con el encargo que aceptó. De no hacerlo puede ser reportado ante la plataforma por el usuario que solicitó el pedido, quien está facultado para verificar si la fotografía que se encuentra registrada en la plataforma coincide con la persona que realizó la entrega. Además, el proveedor tiene la facultad para reportarlo por el mismo motivo. Esto dará lugar a sanciones como suspensiones de la cuenta o amonestaciones como llamados de atención (Pedraza, 2021).

6.2. Continuada subordinación

El Código Sustantivo del Trabajo (art. 23) establece que el empleador tiene la facultad de exigir el cumplimientos de órdenes al trabajador en cualquier momento, en cuanto al modo, al tiempo o cantidad de trabajo durante toda la relación laboral. Lo anterior siempre y cuando se respetenla dignidad y los derechos del trabajador. Esto se evidencia en el deber de obediencia del trabajador y el poder de mando del empleador, dado que tiene facultades disciplinarias y directivas (Duque y Narváez, 2021).

En el caso de estudio, este elemento se evidencia en los términos y condiciones que la plataforma impone a los rappitenderos, tomando en cuenta que ellos deben seguir las directrices establecidas por el operador para realizar las actividades propias de su servicio, tales como la forma de recoger y entregar los productos, respetar los límites de tiempo para entregar cada pedido y prestar de forma adecuada el servicio para mantener una calificación alta dentro de la aplicación. Incluso, están restringidas ciertas conductas, a saber: el impedimento de realizar otras tareas mientras se ejecuta la labor, no responder a los requerimientos que hace el usuario por medio de mensajes o llamadas durante la

realización de la tarea encomendada (Duque y Narváez, 2021). Los rappitenderos tampoco tienen la posibilidad de rechazar pedidos, puesto que son sancionados por la plataforma si no lo hacen, a través de la restricción en el número de solicitudes que recibe (Pedraza, 2021). En caso de irrespetar lo que demanda la plataforma, el domiciliario será sujeto de penalizaciones, dependiendo de la gravedad, que pueden ser suspensiones, bloqueos o incluso la eliminación de la cuenta (Duque y Narváez, 2021). El rappitendero debe cumplir con estos estándares, no por decisión voluntaria sino porque de ello depende mantener o mejorar su calificación, y esto le permite conseguir mejores zonas, franjas horarias y número de pedidos.

Otro factor donde se ve reflejada la subordinación es el horario, pues a pesar de que la plataforma afirma que los rappitenderos tienen libertad de escogencia en el tiempo, esta les señala ciertas franjas horarias que traen beneficios, como por ejemplo ser priorizados para la asignación de pedidos. Este es el caso de trabajar en las horas donde hay poco flujo de solicitudes (Bonilla et al., 2020) y laborar de lunes a jueves en horarios de almuerzo y cena; viernes, sábados, domingos y festivos a partir de mediodía (Sánchez, 2020). Sin embargo, para lograr un ingreso diario suficiente que les permita solventar sus necesidades se ven obligados a trabajar más de ocho horas diarias y acatar los horarios que Rappi estipule.

Asimismo, la subordinación se ve evidenciada en el hecho de que la plataforma es la única autorizada para fijar el valor del pedido y asigna el porcentaje que le corresponde al domiciliariopor cada entrega. Además, recauda la totalidad del dinero, incluida la propina, para posteriormente efectuar el pago semanal por la totalidad de los encargos. De esta forma, el rappitendero queda sujeto a la gestión de la plataforma para recibir sus ingresos.

Por otro lado, esta plataforma emplea un sistema de geolocalización en el teléfono móvil de los rappitenderos que permite su seguimiento en tiempo real. Con esto se logra conocer si el pedido fue tomado, si el domiciliario está a la espera que le entreguen la orden y hacer un seguimiento del trayecto que tomó para llegar al destino (Carbonell, 2019). Al aceptar los términos y las condiciones de la plataforma, el rappitendero le autoriza recoger los datos de localización, aun cuando la aplicación no se encuentre en uso (Rappi, s.f.b); de modo que la geolocalización constituye un instrumento de control laboral.

Entre tanto, el poder de dirección se evidencia en que para cumplir con sus estándares de eficiencia, la plataforma crea estrategias como un sistema de

reservas que les permite a los rappitenderos programar sus horarios, en este únicamente se prioriza a los repartidores con nivel diamante[4]; la opción de aceptación automática de pedidos que activa el "modo racha", esto implica ser priorizado por el sistema y recibir más pedidos. Por último, la aplicación permite "identificar y valorar a los mejores repartidores" (Rappi, 2021, párr. 31). En definitiva, a pesar dela autonomía que se enuncia por parte de Rappi, es evidente que los repartidores se encuentran bajo la constante dirección y el control del operador; inclusive, su funcionamiento y los aparentes beneficios no son aspectos que permitan evidenciar la supuesta independencia del domiciliario, sino una representación del control que ejerce la aplicación sobre ellos.

6.3. Un salario como retribución del servicio

El tercer elemento esencial que constituye el contrato de trabajo es el salario, que es efectuadoen beneficio del trabajador como contraprestación de un servicio prestado; puede ser ordinario, fijo o variable. En el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo se consagran los elementos que lo integran, como: primas de servicios, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones adicionales a la remuneración pactada. En consonanciacon el artículo 128 del mismo Código, no constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera libertad recibe el trabajador del empleador, ni tampoco las propinas, el salario no puede estar constituido únicamente por ellas (Código Sustantivo del Trabajo, 1951, art. 131).

En cuanto al pago del salario, en los términos y condiciones de la aplicación se establece que el mandatario (Rappitendero) subroga al operador en sus derechos como acreedor frente al mandante (consumidor). Según el artículo 1666 del Código Civil colombiano, la subrogación "esla transmisión de los derechos del acreedor a un tercero, que le paga". Igualmente, se estipula que esta únicamente opera en los casos contemplados en la ley o puede ser pactada de forma voluntaria (Código Civil, art. 1666); no obstante, se encuentra que no corresponde a ninguna deestas dos alternativas, es decir, el mandato en el *sub examine*, no cumple con las condiciones para que surja a la vida jurídica. Pese a

4 La clasificación de los niveles de Rappi es: Alerta, Bronce, Plata y Diamante, siendo el último el nivel más alto para un rappitendero.

ello, los rappitenderos la reconocen con la aceptación de las disposiciones de la aplicación, pues de no hacerlo no podrían afiliarse a la plataforma.

Respecto a la modalidad de remuneración, puede afirmarse que se está ante un salario a destajo, que se encuentra consagrado en el artículo 132 del Código Sustantivo del Trabajo. Consiste en liquidar el salario de acuerdo con el número de unidades producidas por el trabajador y el valor asignado a cada una de ellas, "sin importar la cantidad de tiempo invertido"(Duque y Narváez, 2021, p. 47). En la práctica, la retribución se evidencia cuando la plataforma Rappi fija el porcentaje del domicilio que le corresponde al rappitendero y se encarga de consignarle a su cuenta personal el valor total semanal acumulado de los pedidos realizados enese periodo. Esto significa que la ejecución del pago se realiza de forma semejante a como se haría en un contrato de trabajo formal, dado que el empleador es quien se encarga de efectuarlo.

Todo lo planeado hasta ahora demuestra que en las operaciones de Rappi están presentes los elementos del contrato de trabajo, es por ello que debe formalizarse la relación laboral entre la plataforma y los repartidores. Para que esta se consolide es necesario que el ordenamiento jurídico colombiano actualice y amplíe la noción de contrato de trabajo y, junto a ello, los conceptos de prestación personal del servicio, subordinación y salario. Lo anterior da paso a que los trabajadores de plataformas digitales que hasta el momento son considerados como atípicos e informales puedan estar protegidos por la legislación laboral y se les garantice derechos laborales, como una remuneración mínima, vital y móvil, prestaciones sociales, afiliación a salud, pensión y riesgos laborales, entre otros. Este reconocimiento permitirá que las partes asuman su rol como empleador y trabajador, y junto a ello los derechos y obligaciones que esto conlleva.

6.4. Otros aspectos a tener en cuenta en la relación entre Rappi y los rapitenderos

Este apartado se enfoca en los aspectos laborales presentes en la actividad desarrollada por los rappitenderos, a saber: el tiempo de trabajo, la cobertura por el sistema de Seguridad Socialy su organización sindical, que permiten fortalecer la idea de la existencia de una relación laboral entre ellos y la plataforma.

Respecto a la jornada laboral, los rappitenderos trabajan aproximadamente entre ocho y doce horas diarias, durante las cuales realizan de ocho a diez entregas al día; cabe resaltar que los fines de semana su horario se extiende debido

al aumento de solicitudes. A pesar de que no tienen horarios fijos, para conseguir una remuneración mínima deben estar activos, inclusive por fuera de la jornada máxima legal[5]. Otro problema al que deben enfrentarse es la ausencia de períodos y lugares de descanso, por lo cual optaron por hacerlo en espacios públicos. Esto generó que los residentes de las zonas afectadas elevarán una queja ante la compañía para dar solución al problema. Este es el caso de Bogotá, donde Rappi actualmente cuenta con cuatro puntos de descanso conocidos como Rappi Pit Stops, los cuales son utilizados como zonas de parqueo, para tomar agua, cargar el celular, entre otros (Bonilla et al., 2020).

Con relación al sistema de Seguridad Social, que incluye la afiliación a salud, pensión y riesgoslaborales, la plataforma obliga al rappitendero a estar afiliado como trabajador independiente durante todo el periodo de vinculación a la plataforma, pero Rappi se exime de asumir esta carga (Rappi, s.f.b); con tal regulación se busca eliminar la responsabilidad que la plataforma debería asumir como empleador. Según una encuesta realizada por la Universidad del Rosario a 318 rappitenderos en Bogotá, Medellín y la Sabana de Bogotá, en lo que concierne al sistemade salud el 53,9 % de los repartidores no se encuentran afiliados, del restante 42,1 %, un 36 % están cubiertos mediante el SISBÉN[6], un 33,7 % forman parte del régimen contributivo de los cuales un 66, 2% como independiente y 33,8 % como dependiente. Además, un 29,6 % es beneficiario de algún cotizante. En cuanto a la afiliación a pensión se reportó que el 93,4 % no realizaban cotizaciones. Finalmente, en cuanto a riesgos laborales se observó que el 91,2 % noestá afiliado al Sistema General de Riesgos Laborales; el 36, 8 % de los encuestados manifestó haber tenido algún accidente de trabajo y el 33,3 % dijo verse afectado por una enfermedad laboral. Se debe agregar que el 75,5 % aseguró que la empresa no exige el porte de elementos de protección para cumplir con la actividad.

El sistema de Seguridad Social brinda protección al trabajador frente a las eventuales contingencias a las que puede verse enfrentado. Para un contrato laboral, la ley establece que los aportes deben realizarse proporcionalmente al salario devengado[7]. En el caso de la obligación impuesta por Rappi, resulta

5 Según el art 161 del CST, los trabajadores tienen derecho a una jornada laboral máxima de ocho horas diarias y 48 horas semanales.

6 Sistema de Identificación de Potenciales Beneficiarios de Programas Sociales

7 Los porcentajes para los aportes de seguridad social se distribuyen de la siguiente forma:
- Pensiones: al empleador le corresponde el 12 % y al trabajador el 4 % para un total de 16 %.

desproporcionado que los rappitenderos asuman el valortotal de los aportes, debido a que son obligados a afiliarse como trabajadores independientes a la Seguridad Social. Esto a pesar de que en la realidad se evidencia la existencia de una verdadera relación laboral.

En el país, trabajadores de varias plataformas digitales tuvieron la iniciativa de crear un sindicato denominado "UnidadApp", apoyados por la Central Unitaria de Trabajadores "CUT". Esto con el propósito de hacer frente a problemas como bloqueos injustificados, la competenciadesleal que genera el sistema de puntos, fraudes y tarifas injustas. Del mismo modo, exigen el derecho a la defensa y transparencia con las propinas. Uno de sus propósitos es lograr ser reconocidos como trabajadores para poder acceder al trabajo digno con ingresos justos y protección social (Editor Agencia de Información Laboral, 2020).

Para fines de esta investigación, en una entrevista realizada[8] al señor Gustavo Echeverry, miembro del sindicado, manifestó que se encuentran realizando los trámites correspondientes para la inscripción del registro sindical ante el Ministerio de Trabajo. Echeverry manifestó que lainiciativa surgió debido a la precariedad laboral, los abusos y las violaciones de derechos: acciones como recorrer largas distancias a cambio de baja remuneración, apropiación de propinas realizadas por los clientes, ausencia de responsabilidad frente a las contingencias quese presentaban en la realización de la labor. Asimismo, señaló que se realiza acompañamiento jurídico para quienes lo necesitan, como en el caso de desactivación de cuentas.

7 CONCLUSIÓN

La tecnología ha transformado el mundo laboral y ha permitido el surgimiento del *Crowdsourcing*, dentro del cual se encuentra el trabajo llevado a cabo por medio de plataformas digitales, las cuales utilizan formas de flexibilización laboral. Actualmente, existe una gran demanda de vinculación a las plataformas digitales, entre estas a las de mensajería y domicilio, lo cual se debe a factores sociales, económicos y laborales, entre ellos la informalidad y el desempleo, que se agudizaron con la pandemia ocasionada por el SARS-CoV-2.

- Salud: al empleador le corresponde el 8,5 % y al trabajador el 4 % para un total de 12,5 %.
- Riesgos laborales Nivel 1: al empleador le corresponde el total de 0,5 %.
- Caja de compensación familiar: al empleador le corresponde el total de 4 % (Ministerio de Trabajo, s.f.).

8 La entrevista fue realizada el día 24 de junio de 2021 vía WhastApp

Entonces, debido al uso masivo de las plataformas digitales y la forma en la que estas operan, en muchos países se ha cuestionado la existencia de una verdadera relación laboral entre las aplicaciones de domicilios y sus repartidores, además de los posibles efectos jurídicos derivados del contrato de trabajo. En caso de no reconocerse esta relación , los domiciliarios no tienen más opción que aceptar que son trabajadores independientes y no empleados. Caso contrario, el reconocimiento como trabajadores formales permitirá que adquieran las garantías propias de dicho contrato (Berg et al., 2019).

El mismo cuestionamiento surge para el caso de Rappi en Colombia, pues hasta el momentono se ha reconocido la existencia de una relación laboral. Esta es una plataforma tecnológica con poder de control y dirección que permite el encuentro entre el consumidor y el domiciliario, para la gestión de encargos bajo el contrato de mandato (Rappi, s.f.a). El mandante, que en este caso es el usuario de la plataforma, realiza la orden de compra para que sea ejecutada por el mandatario incluso tampoco se evidencia que se esté dando cumplimiento a los estipulado en el artículo 2142 del Código Civil referente al contrato de mandato.

A partir del análisis de la operatividad de Rappi, se concluye que según lo establecido en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, están presentes los tres elementos esenciales del contrato de trabajo, dando paso a la existencia de una relación laboral. El primero de ellos es la prestación personal del servicio, lo que implica que la realización de la tarea depende de las cualidades especiales del trabajador, así que resulta inconcebible que lo ejecute otra persona. Esto se evidencia cuando la plataforma exige que la persona afiliada a ella sea quien realice el encargo, de no hacerlo es sujeto de sanciones. El segundo elemento es la subordinación jurídico-laboral, que involucra el hecho de que el empleador es quien dirige las operaciones, señala las condiciones de tiempo, modo y lugar en la que debe ejecutarse la labor. Esto se ve reflejado en las directrices que la plataforma estipula para que el rappitendero preste el servicio. Como último elemento se encuentra que el salario es la contraprestación querecibe el trabajador por la actividad ejecutada, lo cual puede evidenciarse en el pago semanal efectuado por Rappi a los repartidores por el valor total de los encargos realizados. Es necesario recordar que el valor cancelado por el consumidor no ingresa directamente a la cuenta del rappitendero, sino que la plataforma realiza el recaudo y, posteriormente, distribuye el porcentaje que le corresponde al domiciliario. En definitiva, se evidencia que los tres elementos esenciales del

contrato laboral están presentes en las operaciones de Rappi; lo anterior permite desenmascarar la existencia de la relación laboral.

Por último, es necesario que en Colombia se regulen las condiciones en las que se encuentran los trabajadores de plataformas digitales, dado que, actualmente son considerados como atípicos e informales. Ello con el fin de que sean reconocidos como empleados y cuenten con seguridad jurídica en materia laboral. Una vez analizada la presencia de los elementos esenciales del contrato de trabajo en la operatividad de la plataforma Rappi, se concluye que son suficientes para el reconocimiento de una relación laboral. Sin embargo, estos deben ajustarse a las nuevas formas de empleo. Es por ello que se hace un llamado a los órganos legislativos para que se expida una normativa acorde al panorama actual de estas plataformas permitiendo el reconocimiento de los domiciliarios como trabajadores formales. Pues en caso de no reglamentarse seguirá primando la informalidad y atipicidad que propician el irrespeto a las garantías mínimas laborales de los trabajadores.

8. REFERENCIAS

Asamblea Nacional Constituyente, Constitución Política de la República de Colombia. Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991. Bogotá, D. C., Colombia.

Berg, J., Furrer, M., Harmon, E., Rani, U., y Six Silberman, M., Las plataformas digitales y el futuro del trabajo. Cómo fomentar el trabajo decente en el mundo digital. Organización Internacional del Trabajo. 2019, p. 145.

Bonilla, M. A., Díaz, T., y Pinzón, K. A. Rappitenderos, sus condiciones laborales y redes de apoyo en medios masivos. [Tesis de grado]. Pontificia Universidad Javeriana. 2020, p. 320.

Bustos, A., y Velásquez, J., Rappi el tránsito de un sueño a súper app. Pontificia Universidad Javeriana. 2019, p. 29

Carbonell, K., El sistema de información geográfico detrás de Rappi. 8 de septiembre de 2019. Disponible en: https://medium.com/@karolcarbonell13/el-sistema-de-informaci%C3%B3n-geogr%C3% A1fico-detr%C3%A1s-de-rappi-5d1c441a6ba9

Centro de Investigaciones para el Desarrollo – CID, Impacto de la pandemia covid-19 sobre el mercado laboral en Colombia: el papel del empleo en la recuperación económica. Universidad Nacional de Colombia. 2020, p. 42.

Congreso de la República de Colombia, Ley 84 del 26 de mayo de 1873. Diario Oficial No. 2.867. [Código Civil de los Estados Unidos de Colombia]. Bogotá, D. C., Colombia.

Del Bono, A., "Trabajadores de plataformas digitales: Condiciones laborales en plataformas de reparto a domicilio en Argentina", Cuestiones de Sociología(21), 2019, 1-14.

Departamento Administrativo Nacional de Estadística [DANE], Boletín técnico 30 de abril de 2021, DANE. 2021a.

Departamento Administrativo Nacional de Estadística [DANE], Boletín Técnico Trimestre enero- marzo 2021. Medición de empleo informal y seguridad social, DANE. 2021b

Duque, B., y Narváez, C. C., Los modelos de contratación de personas por las plataformas digitales de envíos: un análisis crítico frente a la aplicación de los principios labores en Colombia. [Tesis de grado], Pontificia Universidad Javeriana. 2021, p. 74.

Editor Agencia de Información Laboral, Nace Unidapp, el Sindicato de los Trabajadores de Plataformas en Colombia, 8 de octubre de 2020. Disponible en: https://ail.ens.org.co/noticias/nace-unidapp-el-sindicato-de-los-trabajadores-de-plataformas-en-colombia/

Fedesarrollo - Centro de Investigación Económica y Social, Informe mensual del mercado laboral. Editorial Dartagnan. 2019, p. 11.

Giubergia, M. C., y Palazuelos, S. J., Tratamiento de trabajadores que prestan servicios a través de plataformas digitales en el Derecho Comparado. [Tesis de licenciatura]. Universidad de Chile. 2020, p. 94.

Hidalgo, K., y Salazar, C., Precarización laboral en plataformas digitales. Una lectura desde América Latina. Friedrich-Ebert-Stiftung Ecuador FES-ILDIS. 2020, p. 163.

Infobae, Así fue como un domiciliario venezolano entuteló a Rappi luego de que lo bloquearan de la aplicación, 12 de julio de 2021. Disponible en: https://www.infobae.com/america/colombia/2021/04/29/asi-es-como-un-domiciliario-venezolano-entutelo-a-rappi-luego-de-que-lo-bloquearan-de-la-aplicacion/

Migración Colombia, Distribución de Venezolanos en Colombia - Corte 31 de Enero de 2021.

Gobierno de Colombia. 2021, p. 38.

Ministerio de Protección Social, Código Sustantivo del Trabajo del 7 de junio de 1951. Diario Oficial No 27.622. Bogotá, D. C., Colombia.

Ministerio de Trabajo, Cotización a la Seguridad Social - Aportes., s.f. Disponible en: https://www.mintrabajo.gov.co/empleo-y-pensiones/empleo/subdireccion-de-formalizacio n-y-proteccion-del-empleo/formalizacion-laboral/cotizacion-a-la-seguridad-social-aportes

Pedraza, C. A., Relaciones Laborales Emergentes por uso de las Tecnologías Digitales en el Marco de la Legislación Laboral colombiana en el año 2021, en el Estudio del "Caso Rappi". [Monografía de grado]. Universidad de Ciencias Aplicadas y Ambientales U.D.C.A. 2021, p. 68.

Politika, El accidente de Rappi que pagó el Estado. 17 de agosto de 2019. Disponible en: https://politika.com.co/el-accidente-de-rappi-que-pago-el-estado/

Portafolio, Pandemia le da protagonismo a la economía digital del país, 19 de junio de 2020. Disponible en: https://www.portafolio.co/negocios/noticias-coronavirus-pandemia-le-da-protagonismo-a- la-economia-digital-del-pais-542207

Querubín, M. A., y Cardona, D. A., Formalización del trabajo en plataformas digitales de domicilio: Estudio de caso Rappi. [Tesis de grado], Universidad Pontificia Bolivariana. 2020, p. 37.

Rama Judicial del Poder Público - Juzgado Cincuenta y Siete Civil Municipal, Acción de Tutela Ref.: 11001 40 03 057 2020 00353 00 del 4 de agosto de 2020. Bogotá, D. C., Colombia.

Rama Judicial del Poder Público - Juzgado Sexto Municipal Laboral de Pequeñas Causas de Bogotá, Proceso Ordinario Laboral de Única Instancia. Radicado No. 110014105006-2019-0094-00 del 18 de septiembre de 2020. Bogotá, D. C., Colombia.

Ramírez, N., Parra, J. F., Celis, A., Rodríguez, A., Salazar, M. C., y Sánchez, J. S., ¿Son trabajadores o contratistas independientes?", Borradores de Trabajo y Derecho No. 1, Universidad de los Andes. 2021, p. 21.

Rappi, Bienvenido a Rappi: 7 cosas que debes hacer para recibir muchos pedidos, 2021. Disponible en: https://blog.soyrappi.com/bienvenido-rappi-co/

Rappi, Términos y Condiciones de Uso de Plataforma "Rappi"., s.f. a. Disponible en: https://legal.rappi.com/colombia/terminos-y-condiciones-de-uso-de-plataforma-rappi-2/

Rappi, Términos y Condiciones de Uso de Plataforma Virtual "Soy Rappi", s.f.b. Disponible en: https://legal.rappi.com/colombia/terminos-y-condiciones-de-uso-de-plataforma-virtual-rap pitendero/

Sánchez, M. P., Nueva política Rappi genera inconformismo en rappidetenderos, 23 de mayo de2020. Disponible en: https://plazacapital.co/el-monedero/4612-nueva-politica-rappi-genera-inconformismo-en- rappidetenderos

Sánchez-Urán, M. Y., "Economía de plataformas digitales y servicios compuestos. El impacto en el Derecho, en especial, en el Derecho del Trabajo", Revista La Ley, Unión Europea, 2018, 1-32.

ATHLETES AS GIG-WORKERS? THE CASE OF MMA IN A COMPARATIVE PERSPECTIVE

STEFANO GUADAGNO

Post-doc Research Fellow. Dipartimento di Scienze Sociali e Politiche - Università degli Studi di Milano. Researcher focused on EU, international and Comparative Labour Law. Specific topics ofinterest include the collective representation of interests and collective action. Research activity has focused on collective bargaining rights within the context of the posting of workers in the EU setting (from the starting point of the so-called "Laval quartet") as well as in othercross-border situations (multinational companies and global supply chains) and with specific reference to non-standard forms of employment and gig-economy workers. Current topics of research include the effects of the various instruments and mechanisms adopted at EU level to address the economic and financial crisis, their possible frictions in their relationships with the existing EU law as well as the domestic responses implemented by the various Member States involved.

ABSTRACT: The business and labour practices of professional combat sports (Mixed Martial Arts) appear indicative of the main recent labour market trends and present many aspects characterizing non- standard employment and gig-economy work. The issues of this specific sector may be consideredrepresentative of the various options available to regulators as well as the potential problemslinked with the definition, implementation and effective enforcement of a set of labour protections may therefore prove as a testbed for regulatory options providing an effective protection to particularly vulnerable categories of workers, avoiding further fragmentation of labour market.

KEYWORDS: gig employment, working conditions, collective bargaining, antitrust.

1. INTRODUCTION

While the growth of platform-based delivery and private transportation services has garnered most of the media and political attention in recent times, the increasing recourse to non-standard forms of employment o organize and coordinate economic activities to reduce costs and increase efficiency rapresents a defining element of the current labour market.

These forms of employment have experienced a marked rise in recent times, especially inbigger urban centers in a widening number of sectors[1], and the number of workers employed in there kind of activities has significantly grown in particular as a consequence of the variousrestrictions of movement and lockdowns imposed by the domestic governments and local authorities as a response to the Covid-19 pandemic in order to address the public health crisis and mitigate the spread of the virus.

Both the recurring use of technological instruments[2] and of flexible work contracts can provide a broader range of options in accommodating the evolving

1 Beyond the aforementioned food delivery and private transportation, these kind of arrangements cover a diverse range of activities including travel and tourism, domestic work and home services (errands, laundry, pet care, floral), healthcare, elderly assistance, child care, tutoring and education, an are carachterized by a pay structure linked to the completion of specific tasks.

2 Among the chief reasons for the rise of this phenomenon it is certainly possible to identify an increasingly strong mobile internet coverage and the easy access to smartphones equipped with apps and messaging services, which represent themain tool through which companies in the sector remotely hire individuals and coordinate their specific activities, rather than organizing a collabo-

needs of workers and employers, in particular by allowing for greater flexibility in defining some of the most relevant aspects regarding the organization of the working relationship.

However, it is worth noting how the majority of the services and activities carried out by the workers in the gig economy do not represent "new" economic activities, and one of the maindrivers of the success and profitability of the so-called "virtual marketplace companies" (VMCs) is represented by their ability to maintain low labor costs in the various sectors in which they operate.

Companies consistently frame such activities as occasional work, widely utilizing terms such as "gigs", "freelancing" and work "on the side", therefore not needing excessive regulations. Furthermore, it is highlighted how the structure of pay for the completion of specific tasks, sales or projects is strictly linked to the acquisition of a mainly supplemental income. However, rather than representing an accessory activity for people who already work ordinary jobs or are involved in educational tracks and through which they can supplement their income without having to join an overly organised workforce, these types of activities come to represent the main source of income (in particular for certain demographics) and the main occupation of otherwise unemployed individuals[3].

Several key aspects appear in need of clarification, and have represented the main issuesraised in a series of recent unionization efforts, regulatory proposals and ongoing litigations both in national setting and at European level, while posing serious questions on the viability of the business models provided by the platform companies, which have often pushed back against proposed national regulations and court rulings which have at least in part, outlined some of the rules and norms applicable to this category of workers. The current lack of structured framework onthe various forms of employment connected to the gig-economy is bound to produce an even more segmented workforce[4], subject

rative team.

3 More than a 1/4 of workers participate in the gig economy in some capacity. More than one in ten workers rely on alternative arrangements for their main job, including temp agency work, on-call work, contracted work, and freelancing. Other estimates are slightly higher: see for instance an analysis by Forbes highlighting that over 35% of the USworkforce are "gig workers,", and that Upwork, a large website dedicated to freelancers, reports that the younger generations experience higher percentages of the recourse to gig work (up to 53% for those born between the years 1995–2014)

4 Protecting workers in the platform economy has long been on the European Parliament's agenda

to precarious and exploitative working conditions carachterised by low pay[5] and

and the Directive 2019/1153 adopted in 2019 aimed at improving protections for casual and short-term workers in the gig economy (domestic workers, on-demand workers, intermittent workers, voucher based-workers, platform workers, trainees and apprentices could fall within the scope of this Directive. The aim is to improve protection of their employment relationships) while leaving self-employed persons outside its scope, and therefore not addressing or solving the issue of whether self-employed individuals in the gig economy need to be treated as undertakings in particular within the meaningof antitrust law, nor the CJEU did not go into this specific matter in its judgment in the preliminary ruling procedure in Spain on Elite Taxi/Uber (C-434/15): therefore, in the gig economy market, the least powerful actors in it, namely individual workers and entrepreneurs, may be barred from engaging in economic coordination - even collective bargaining in order to receive a fair share of the revenues they generate - while powerful companies (and in particular thetech platforms) are left substantially free to coordinate prices beyond their firm boundaries. See Sanjukta P., *The AntitrustParadox of the Gig Economy, Canadian Law of Work Forum (CLWF),* April 2 2020, available at https://lawofwork.ca/the- antitrust-paradox-of-the-gig-economy/

5 Especially when it is considered waiting time to access a shift against the time actually spent in the performance of the activity may cause an undercutting of wage rates, While also appearing potentially in contrast with working timeregulations, in particular when the maximum amount of daily working time and the necessity of rest periods as well as thedichotomy between working time and waiting periods exemplified by the SiMAP-Jaeger jurisprudence by the CJEU is taken into consideration. The ECJ has expressed its opinion in particular in relation to on-call duty and the opt-out as wellas regarding reference periods and rest periods. The Directive does not take into account any alternative or intermediate definition; either a person is working or is resting/not working. In SiMAP (C-303/98), the ECJ found, in particular, that the entire period of on-call duty in the workplace must be classified as working time irrespective of whether the employeewas actually deployed by the employer. This arises from the fact that the employee must be present and available at the workplace in order to perform his/her work. Whether work was actually performed is irrelevant in this regard.

The ECJ distinguishes this from being on stand-by where the employee must be permanently accessible but does not need to be present at the workplace. Since, in this case, the employee is freer to manage his/her own time and interests, only that time in which work was actually carried out for the employer should be included as working time. Jaeger (C-151/02) confirmed the classification of on-call duty as working time arises from the obligation to be present at the workplace: the employee is subject to greater restrictions than if he were merely on stand-by because he is apart fromhis family and social environment and has less freedom to manage his "inactive" time. Among the definitions of particular relevance in the EU working time regulation, in order to protect workers' health and safety, daily and weekly working hours must meet minimum standards applicable throughout the EU. Furthermore, every worker is entitled to minimum rest periods (11 consecutive hours daily and a 35 weekly) which can be however detailed (and under certain conditions, derogated) by by way of collective agreements or agreements between the social partners allowing the worker to earn extra money (in the form of overtime paid at higher rates).

job insecurity[6] and exposed to risks of various nature, not seldom connected to the specific features of the new working arrangement and relationships[7].

2. THE CASE OF MIXED MARTIAL ARTS (MMA): A FAILED UNIONIZATION EFFORT AND AN ONGOING ANTITRUST LAWSUIT

Alongside the more "classical" jobs linked with the gig-economy, the current landscape of professional combat sports (in particular Mixed Martial Arts) presents striking analogies with other non-standard forms of employment, both in terms of the main features of the work relationship but also in terms of the issues that need to be addressed with reference to the working conditions and social protection of the various actors involved.

The Ultimate Fighting Championship (UFC) is currently the premier and largest MMA promotion,featuring the highest-level fighters in the sport, and has experienced in the last few years a significant increase in its company value, through a series of sponsorship agreements[8] , a multi- billion sale to the holding company for talent and media agencies William Morris Endeavor Entertainment (WME or WME-IMG, now Endeavor), and an exclusive media rights deal with the cable sports provider ESPN[9]. However, such growth was

6 That is, the potential absence of guaranteed work opportunities in the face of an individual's availability with respect to the rest of the active workers (in particular within a specific timeframe). In most cases, the worker is not allowed to individually set prices or market the personal services offered to potential customers and therefore its opportunities are significantly limited by the company's control of the price and assignments.

7 Such as for the case of lack of rest periods and fatigue, insufficient health and safety training leading to accidents, as well as sexual harrassment, discrimination in the workplace and/or in the perfroming of the activity. Uber's first safety report for its U.S. operations detailed its policies and processes (including the number of driver applications it has turned down and how many it has deactivated for their behavior) as well as the number of "safety incidents" such as sexual assaults (drivers were 45% of the accused) or fatal physical assaults (7 out of 19) out of a total number of 1 billion ridesin 2017 and 1.3 billion in 2018. As part of a settlement with the Equal Employment Opportunity Commission (EEOC), the company has ulimately agreed to pay $4.4 million into a fund for victims of sexual harassment and to set up a system to guarantee the accountabiity of its managers in responding to reports.

8 The first exclusive sponsorship agreement was signed with Reebok in 2016 and is evaluated at $70 million, and was followed by another contract with Venum in 2021 whose value was not reported but which also entailed a review of the outfitting policy (see *infra* in this paragraph). In both cases these decision were taken unilaterally by the company, withoutany involvement of athletes or their representatives either in the decisional process or in the negotiation with the suppliers.

9 The expiring date of the original deal was further extended from 2023 to 2025 and the deal itself was expanded to include pay-per-views within the scope of the exclusivity. Darren Rovell & Brett Okamoto, Dana White on $4 Billion UFC Sale: 'Sport Is Going to the Next Level,' ESPN.

not complemented by an increase in the average salaries of the fighters, which consistently average 18% of the revenues[10], a figure that appears particularly low when compared with the 45-50% of other major professional US sports leagues such as the NBA, the NFL, NHL and MLB, all covered by CBAs negotiated by the player's association and with the other combat sport of boxing where the revenue split is even higher with athletes regularly receiving 60-70 percent of the revenue collected by a promoter. A competing MMA promotion at the end of the 2000s, Strikeforce, paid its fighters 93% to 97% of eventrevenues in 2008-09 and 51% in 2010, according to the exhibits released in an antitrust lawsuit brought forward by some former athletes of the UFC.

TABLE 10: AGGREGATE DAMAGES TO BOUT CLASS (MILLIONS) THROUGH JUNE 30, 2017
ZUFFA FORECLOSURE REGRESSION MODEL

YEAR	ZUFFA EVENT REVENUE	ACTUAL FIGHTER SHARE	BUT-FOR FIGHYER SHARE	DAMAGES
From Dec 16 2010	$ 20.3	24.9%	46.8%	$ 4.43
2011	$ 408.9	19.4%	42.9%	$ 9.61
2012	$ 401.5	18.6%	47.9%	$ 117.8
2013	$ 482.2	20.3%	51.9%	$ 152.4
2014				
2015				
2016				
Through 6/30/2017				
TOTAL				$ 894.3

NOTES: Event Revenue includes PPV, broadcast gate, and on-demand video revenues, as reported in Zuffa's financial documents. Zuffa's Event Revenue data are extrapolated for the first half of 2017.

Figures for 2010 truncated to conform to Class Period.

Figure 1. Expert Report of Hal Singer

com, July 11, 2017, http://www.espn.com/mma/story/_/id/16970360/ ufc- sold-unprecedented-4-billion-dana-white-confirms

10 According to the report of plaintiffs' expert witness Dr. Hal Singer (see fig.1), the share of Zuffa event revenues going to fighters as compensation ranged from 18.6% to 20.3% from 2011 to 2013. Zuffa is the parent company of the UFC, and from 2011 to 2012 (and one event in 2013), it included some Strikeforce events as well. Unlike prior media estimates, Singer's data includes all forms of fighter compensation—some publicly disclosed, such as fight night bonuses; others occasionally disclosed, such as show and win purses; and still others rarely disclosed, such as pay-per-view payments, letter of agreement payments and other discretionary pay. Singer argues that but for the UFC's alleged conduct, the share of event revenues going to fighters should have ranged from 42.9% to 77.1% over the same three years, depending on the model employed.

UFC's labour relations and practices appear indicative of the main recent trends of US economy, where most of the new jobs created since 2005 are gigs or temporary position or contractor jobs, in large part because companies are not inclined to pay for healthcare or benefits: the main features of this business model are in fact represented by the classification of fighters as independent contractors and a pay structure linked to the completion of specific tasks.

The around 500 fighters, in fact, are not employed by the UFC, a fact that entails a series of significant considerations with regards to the main features of their relationship with the UFC company and management.

The first aspect to be considered is the one connected to financial compensation: the pay structure in the UFC is linked to the completion of specific tasks, such as the participation in the event and being declared the winner of the bout (the so called show/win money), as well as an automatic increase of the amount of the economic compensation for the case of consecutive wins.

Contracts also allow for discretionary performance bonuses[11] or a percentage of gate income or

pay-per-view sales, usually reserved for division champions and other high-profile athletes[12].

Furthermore, under the UFC Promotional Guidelines no individual sponsorship are allowed, but in all their public interaction and performances fighters are mandated to utilize gear and material provided by the main sponsors of the UFC and receive an additional compensation according to a tiered system through which fighters are paid a certain amount per fight depending on their"seniority"[13]. UFC Promotional Guidelines require fighters to attend, cooperate and assist in the promotion of event in which they fight (in terms of

11 Two "Performance of the Night" and one "Fight of the Night" bonuses are awarded each event, each one ranging from 50.000 to 75.000 US$

12 Unlike other major professional sports leagues such as the NBA, monetary figures in MMA have largely been privatized, leaving consumers analysts and observers without precise elements about a series of financial and fiscal aspects of the sport.

13 i.e. their number of fights in the various organization under the Zuffa banner. It has been highlighted how such a system is inherently discriminatory for female fighters, which until 2012 were not allowed to compete and whose previousfights do not count towards the compensation system set by the outfitting policy, while male fighters are rewarded alsofor the fights carried out under the umbrella of other organizations that were subsequently acquired or incorporated by the UFC.

media obligations, location requirements and other items) and if required, any other bouts, events, broadcasts, press conferences and sale of merchandise, for no additional compensation. In line with their classification of independent contractors, training costs are covered by the fighters (and not by a team as for the case of most organized sports) which also are not provided with any health-care plan, except a full insurance policy for fights and a general health policy that covers up to $50K per year for training accidents[14].

However, even if the fighters classified as independent contractors, much in line with other individual professional sports such as tennis and golf, the fighters are bound to the main company by a series of significant exclusive clauses: the UFC, in fact, has exclusive rights to secure, promote, arrange and present a number of fights, prohibits athletes from appearing in bouts televised or organized by actual or potential rival promotions[15].

Furthermore, according to the Ancillary Rights Clause, the company is granted exclusive personality and identity rights not only of the UFC fighter, but of 'all persons associated with' the athlete in any medium and for all other commercial purposes: fighter are to be compensated on thebasis of a percentage of the sale of the items connected to them[16].

While the contracts identify usually a set duration an a set number of fights to be performed[17], they also include an extension clause allowing the UFC to extend the term of the contract during periods when he or she is injured, retired, or otherwise declines to compete: in the case of a champion in a specific weight class this extension is indefinited, and entails a prohibition of agreements with other promoters even after the end of his/her original UFC contract term. In any case, the UFC has also a right to match financial terms and conditions of any contract offer to a fighter even after the original contract has expired.

14 It must also be noted that the UFC is the only MMA organization that offers such insurance coverage.

15 From 2010 to 2015, 99.1% of UFC contracts contained a champion's clause, allowing for a one-year or three-fight extension should a fighter win a title, and 100% of them allowed for tolling extensions due to fighter injury or retirement

16 With specific reference to the NIL (name, image and likeness) rights in the sporting context see recently the Supreme Court decision in *NCAA v. Alston* No. 20–512

17 The initial terms of UFC contracts tend to be quite short: according to an expert analysis, a substantial majority of them(82.5%) have a duration of two years or less, and the most common contracts are of a length of 20 months (35.5%), a year and a half (20.9%) and one year (18.4%).

With respect to the sporting activities that fighters are expected to carry out contracts generally require a high level of performance but at the same time allow the UFC to release a fighter independently from the results obtained: furthermore no guarantees or transparency is provided to the fighters with respect to fight arrangements, since the organization lacks either a tournament structure, a ranking system or the provision of mandatory challenger for the divisional champions binding the promoter in its choices which therefore remain purely discretional and fundamentally linked to commercial and economic interests.

On the other hand, beside the promotional compliance and outfitting policy fighters on the UFC roster are also required to observe a series of further commitments: they have to abide to a code ofconduct outside of the sporting event, which a failure to comply to could results in fines or bans, and need to adhere to the anti-doping USADA 24/7 whereabouts[18] medical examinations by the UFC in the event of a possible injury.

While MMA isn't regulated at the federal level the same way boxing is under the Muhammad Ali Boxing Reform Act[19], these rigid and restrictive conditions of employment raise doubts as whether fighters should be considered employees in particular because of their being heavily dependent from the organizational and decisional power of the UFC, as opposed to independent contractors: several key aspects appear in need of clarification[20], and have in fact represented the

18 Unlike any other MMA organization, the UFC has its own anti-doping poli- cy, which is administered by a third party,the United States Anti-Doping Associ- ation ("USADA"). The Anti-Doping Policy is modeled on the World Anti-Doping Code. Each UFC contracted fighter can be randomly tested by USADA. There is an appeal board comprised of an independent third-party entity in the case that a fighter is punished for a purported violation of the policy and then issued a suspension and/or fine. Other organizations devise their own anti-doping drug testing policies and/or follow the lead of the athletic commission or licensing agency with respect to drug testing. USADA UFC Anti-Doping Program, April 2017, https://ufc.usada.org/wp-content/uploads/UFC-Anti-Doping-Policy-effective-April-1-2017.pdf See Cruz J.J., *Rethinking the Use of Antitrust Law in Combat Sports*, in *Journal of Legal Aspects of Sport*, 2018, 28, p. 64

19 A set of indipendent lawmakers, the former presidential candidate Andrew Yang and one of the fighters' association mentioned below have also proposed the expansion to the sport of MMA of the so-called Ali Act, which had been originally adopted for professional boxers with the aim of protecting the rights and welfare of athletes against exploitation by managers and promoters, avoid potential conflicts of interest and prevent other kind of abuses such as riggedrankings and matches by providing a limited series of regulation and enforcement mechanisms.

20 Beside the issues regarding fighter pay, exclusivity clauses and company discretion in future opportunities, some of theother features that need to be specifically addressed include fighters health and safety concerning specific risksconnected to the sport (such as weight cutting, TBI, CTE, etc.), differences in rulesets adopted by the same organization (10, according to an ABC survey)

main issues raised in a series of recent unionization efforts, ongoing litigations, and regulatory proposals which may provide clarity with regards their situation and at the same time pose serious questions on the profitability and viability of the business model provided by UFC[21].

In the aftermath of the mentioned WME sale, numerous efforts to organize MMA fighters, including Project Spearhead, the MMA Fighters Association, and the Professional Fighters Association, have been carried out but have not been so far successful, despite a wide support among fighters[22] to create an MMA union so that fighter concerns about pay, healthcare and retirement could be heard qnd addressed.

Among the factors which may have hampered these initiatives, there is the fact that MMA is an individual sport and the current context favors the maximization of profits in a potentially limited window versus a long-term commitment. Furthermore, UFC's fighters reside in very different countries, and with the exception of some bigger facilities or teams, are usually quite isolated from one another during their professional life.

However, it cannot be ignored how the legal status of the fighters and the wide discretionally of the UFC in making its decisions in offering fighters specific opportunities, investing promotional resources, allowing a more or less favorable match-up or placement within the event can create a chilling effect in the unionization efforts: in particular Project Spearhead has tried to collect signed authorization cards from UFC fighters in order to solicit a review by the National Labour Relations Board to determine if fighters should be classified as

---

on a state-by-state basis, the specific features of the anti-doping practices and policies implemented (in particular for possible waivers, involuntary violations, reputational impact), and various issues concerning the collection and management of athletes' biometrical data (during events or through the existing athletic programs managed by the UFC), all of which have been the object of extensive negotiations are now addressed in detailed provisions in the CBAs signed in the other professional sport leagues.

21 For a comprehensive reconstruction of the main legal issues surrounding the sport see *amplius* Cruz Jason J., *Mixed Martial Arts and the Law: Disputes, Suits and Legal Issues,* McFarland 2020

22 Nearly 80 percent — 79.4 percent, to be exact — of MMA athletes reached as part of *The Athletic*'s inaugural fighter survey said they would be in favor of organizing with their peers in a way comparable to the professional unions and associations in other sports. Only 6.5 percent of fighters said they would oppose such a move while 14.1 percent said they were unsure or preferred not to answer. See Dundas C., *MMA fighters overwhelmingly support unionization, despiteno clear path forward* in *The Athletic,* available at https://theathletic.com/1850784/2020/06/03/mma-fighters-support- association-unionization-no-clear-path/, retrieved on 7-14-21

employees or independent contractors: had the NLRB classified UFC athletes as employees, then they'd be eligible to claim benefits and lost wages and also would have been able to legally start a union.

However, both the main MMA fighters leading the union drive were released by the UFC in a way that has been perceived as anti-union. Kajan Johnson, Project Spearhead's interim vice president, did not have his contract renewed by the UFC after a loss while Leslie Smith, the organization's leader was released from the promotion after her opponent missed weight and she refused the bout, with the company paying out her show money and win bonus before declaringher contract fulfilled.

Both fighters cited their involvement with the group as a possible reason for their release, and inparticular Smith filed a charge with the National Labor Relations Board claiming that ZUFFA (UFC'sparent company) should have been considered a statutory employer under the National Labour Relations Act (NLRA) of the MMA fighters that compete within its promotion[23], and that her dismissal was a retaliation due the organizing activity and also asserting, prohibited by the NLRA.

While the Regional Office of the Board in Pennsylvania determined that Smith's claims had merit, the relevant Washington D.C. Office dismissed the claim, having found "no evidence"showing that she was dismissed due to the protected activity but believed it to a contractual dispute, and the subsequent appeal was also rejected on the basis of it "lacking merit"; more significantly for the matter at hand, the Board ruled against the claim of retaliation, and therefore there was no final determination regarding the issue of the legal status of the fighters, which was ultimately not addressed by the NLRB.

In 2014 a group of former fighters has filed a lawsuit against the UFC accusing the company of violating section 2 of the Sherman Antitrust Act[24], the federal antitrust regulation, which makes it unlawful for any person to "monopolize" or "attempt" to monopolize or "conspire" to monopolize "any part of the trade or commerce", has violated antitrust laws and provisions

23 Therefore, beyond the specific claims linked to the dismissal, the core of the complaint was addressed at inducing the NLRB to determine whether UFC fighters are to be considered employees or independent contractors. The complaintcan be found at https://wp.usatodaysports.com/wp-content/uploads/sites/91/2018/05/leslie-smith-nlrb-lawsuit.pdf

24 26 Stat. 209, 15 U.S.C. §§ 1–7

by engaging in a scheme to maintain and enhance its monopoly power in the market for promotion of live elite professional mixed martial arts bouts, since the other promoters are either relegated to second-tier status, as well as its consequent monopsony power in the market for live elite professional MMA fighter services, by having an absolutedly dominant position in a market as to control the setting of the price with the result of suppressing fighter remuneration below what a competitive marketwould have paid, as well as claiming exclusive rights linked to marketing and merchandising.

A series of elements have been highlighted as central to the scheme, which in many cases overlap with the issues highlighted above, such as for the case of the provision of long-term exclusive contracts which also included the use of so-called "tolling provisions" allowing the UFC toextend the contract for various reasons: the plaintiffs have, however, also specifically addressedthe issue of the company's dominant position.

The first aspect to be considered in this sense in the lawsuit concerns the way in which the UFChas been increasing its market dominance, in particular by acquiring and then closing down other MMA promoters that could be considered its competitors[25]: Through these commercial operations athletes were denied options and opportunities in the MMA fighter market, at the same time an increasingly larger number of fighters were now bound by exclusive Zuffa contracts and there removed from the larger pool of available fighters.

Having acquired this position, the plaintiffs claim that the UFC has been using its market dominance to coerce fighters to re-sign contracts through a series of tactics, such as moving fighters to unfavorable placement on the card or giving the fighter an unfavorable matchup or depriving them of title opportunities if they didn't sign the contract offered by the UFC, in order to keep the wages under a predetermined level of around 20%.

The UFC's defense has focused on the fact that its contract do not present significant differences with those used by other MMA promotions and that the large share of the market is deriving by their success in promoting fights and marketing the brand: furthermore, the UFC has also highlighted how fighter wage levels have steadily continued to rise in the last year, and that therefore

25 The most relevant examples of this is activity are the acquisition of the Japanese promotion Pride in 2007 and the sale of Strikeforce in 2011.

this metric should take precedence with respect to the percentage of revenue allocated infighter pay when evaluating the matter at hand.

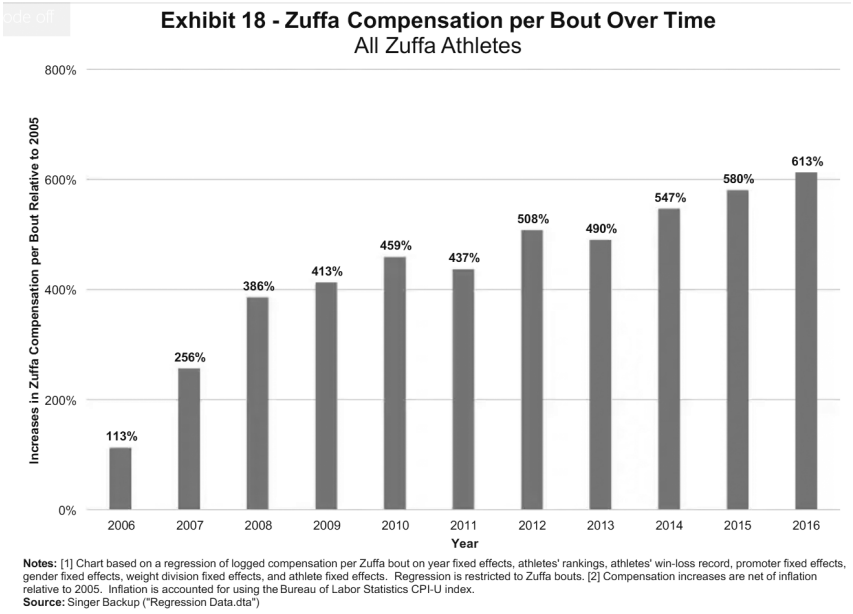


Fig.2 Expert Report of Robert Topel

Originally the plaintiffs were suing on behalf of two different classes[26]: the "bout" class, includingthose fighters that had fought in the UFC and the "identity" class, which on the other hand included those fighters whose image rights have been used by the UFC, but the court chose not to grant class action status to the fighters' claims that the UFC also suppressed earnings stemming from their image rights[27].

However, the announcement in December 2020 of a ruling certifying the class action for thebout class means that every fighter who competed under the UFC in a bout that was either held or broadcast in the United States at any

26 *Cung Le, et al. v. Zuffa, LLC d/b/a Ultimate Fighting Championship and UFC*, No. 2:15-cv-01045-RFB-BNW (D. Nev. The first three fighters to file a complaint against the ufc were Cung Le, Nate Quarry and John Fitch back on December 16, 2014: subsequently, m four more lawsuits were filed and other eight fighters were attached: eventually all those lawsuits were condensed into one action with 5 named plaintiffs (the original three plus Javier Vasquez, Brandon Vera and Kyle Kingsbury) See the original complaint at https:// angeion- public. s 3 . amazo-naws. com/www.FighterClassAction.com/docs/ECF+No.+1+-+Complaint.pdf

27 For a reconstruction of the class certification processes and criteria, see Burbank S.B & Farhang, *Class Certification in the U.S. Courts of Appeals: A Longitudinal Study* in 84 *Law and Contemporary Problems* 73-106 (2021) Available at: https://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol84/iss2/7

time between December 16, 2010 and June 30, 2017 will be automatically a part of the lawsuit unless they opt out[28].

The possible outcomes of the lawsuits[29] are potentially extremely far-reaching: should the case go to trial and a jury decide in the fighter's favor then the fighters could be awarded significant monetary compensation. The plaintiff's economic experts have in fact put forward estimates that range from 811 million to 1.6 billion US$ in damages which, could also be trebled to 2.4 billion to

4.8 billion according to the provisions concerning punitive damages in antitrust. Furthermore, the plaintiffs are also asking for injunctive relief and requesting that the court determine an effective solution in dismantling the monopolistic scheme: therefore the court could also rule on other significant aspect of the employment relationship between the fighter and the UFC[30].

3. AN EVOLVING JUDICIAL AND REGULATORY CONTEXT

With reference to the legal status of the employment relationships (within the specific case of Mia but also in the broader context of the gig economy, the main necessity is to determine and define the status of the worker with reference to the main company, in particular within thecategories of (subordinate) employee or self-employed worker/independent contractor, which entailsignificant differences in particular for what it refers to minimum wage standards, access towelfare, termination of contract and transparency on future employment opportunities[31] .Furthermore, misclassifying employees as

28 On June 23, 2021, Kajan Johnson (previously involved in the aforementioned Project Spearhead) and C.B. Dollaway also filed a proposed class action antitrust lawsuit against Zuffa, LLC (d/b/a Ultimate Fighting Championship and UFC) and its parent company Endeavor Group Holdings, Inc. The lawsuit is similar to the mentioned class action, but the class period ultimately proposed concerns those who fought in a bout promoted by the UFC on or after July 1, 2017.

29 The Court denying Zuffa's motion to dismiss should not be taken as a com- mentary on the strengths or weaknesses of the plaintiffs' complaint as a whole. It is only a ruling on whether or not the complaint was sufficient to pass standards required by the rules under 12(b)(6) of the Federal Rules of Civil Procedure. It was Zuffa's burden to carry in order to prove that the complaint lacked sufficient facts to move forward. Weighing the evidence in light of the non-moving party, the Court determined that the plaintiffs had pled a sufficient amount for the case to move forward. See Cruz J.J., *Rethinking the Use of Antitrust Law in Combat Sports*, in *Journal of Legal Aspects of Sport*, 2018, 28, p. 85

30 It must be underlined how an extremely significant aspect of the UFC lawsuit is represented by an extremely wide discovery and deposition phase: the fighters' lawyers were granted the release of more than 2.5 million documents, and questioned 50 witnesses under oath in depositions, including top UFC officials

31 The field is further complicated by the existence, in some settings (i.e. Sweden and the Nordic

independent contractors and not incurring the related costs[32] can give these employers a competitive advantage over employers who treat their workers as employees, also undercuts competition, hurting other businesses creating further imbalances in the various sectors involved in these processes.

In the cases brought before various national courts, the main aspect addressed has been the one relating to the obligation by the platform worker to perform the working service vis-a- vis his personal freedom or flexibility in terms of the amount of working time and organization of timetables and shifts which is strictly linked with self-employment[33]

---

countries), ofintermediate bodies such as self-employed companies acting as service providers and as the main contractual counterpart for the platform workers. Furthermore, other companies have began operating in the labour market in a work procurement role, providing assistance to companies in posting job offers, searching potential employees and selecting candidates, also assessing their work-related skills.

32 the NLRB has found in *Velox Express, Inc.,* 368 NLRB No. 61 (2019) that an employer does not violate the Act simply by misclassifying its employees as independent contractors. An employer's "mere communication to its workers that they are classified as independent contractors does not expressly invoke the Act. It does not prohibit the workers from engaging in Section 7 activity. It does not threaten them with adverse consequences for doing so, or promise them benefits if they refrain from doing so." (only if the employer would have responded with threats, promises, interrogations, and so forth, the company would have violated the provisions of the NLRA). The classification of its workers as independent contractors by a company substantially equates to a legal opinion regarding the status of those workers and"shall not constitute or be evidence of an unfair labor practice..., if such expression contains no threat of reprisal or force or promise of benefit." (Section 8(c) of the NLRA).

33 Uber has lost the right to classify UK drivers as self-employed, as an employment tribunal ruling stated that the company must also pay drivers national living wage and holiday pay: the Court was able to classify the drivers as workers, citing in particular Uber's control over their working conditions which offset the ""personal flexibility" in particular with reference to the organization of working hours and shifts: On February 19, 2021 the UK Supreme Court finally ruled that Uber drivers are to be considered workers and not self-employed, and treated as such.The SC dismissed Uber's appeal that it was an intermediary party in the relationship, stating that drivers should be considered as workingwhenever they are logged in to the app and not simply while they are carrying out the activity of transporting apassenger. The court also considered a series of further elements in its judgement, namely that the company set the fare(and therefore the earning capacity of the driver, who can only increase their earnings by working longer hours), the contract terms that drivers had to agree to, and can unilaterally penalise drivers who reject too many rides, as well as terminating them on the basis of a low score in an arbitrary ranking system. See Uber BV and others (Appellants) v*Aslam and others* (Respondents) [2021] UKSC 5 On appeal from: [2018] EWCA Civ 2748.
Similarly, in France, as part of the ruling of the Paris Court of Appeals of 10 January 2019, the judges pointed out that theUber drivers adhered to the platform's directives having to follow the GPS application instructions and was controlled by accepting the races since the refusal of solicitations could induce the company to limit or disable the access or use of theapp at any time, based on these elements, the Court deduced the existence of a sufficient aggregate of indexes that allows

In the U.S.A. context, this fundamental issue in the gig economy is framed within the context of the National Labor Relations Act (NLRA) and can be synthesized in whether gig economy workers are to ben considered "employees" as defined under § 2(3) of the NLRA, or whether they are independent contractors excluded from the Act's protections[34]: to this end the NLRB has applied, for the purposes of unionizing, collective bargaining, and other collective rights protected under thestatute, a common law test to determine employment status[35] based on ten factors to be to be weighed and assessed separately.

Both the Labor Department and the NLRB (National Labor Relations Board), have addressed this topic numerous times and most recently concluded in 2019 that the workers at the behest of VMCs are to be considered contractors and not employees[36], reversing the extensive approach followed by the NLRB under the previous administration on the *FedEx* decision[37].

This outcome stemmed from the analysis of several factors that determining the collectively contribute to whether a worker is a (subordinate) employee or an (independent) contractor, including the extent to which the company can

---

the qualification of an employment relationship and the status of employee to the Uber driver. On the other hand, in April 2018 an employment tribunal in Italy ruled that the delivery riders are not employees of Foodora but self-employed, and that as a result the company may decide at any time to terminate the employment relationship. The decision was primarily based on the fact that the riders can make themselves available for deliveries whenever they want and as a consequence cannot be considered as having an obligation to perform the working service and, as such, subject to the direction and organizational power of the employer. However the appellate judge in theItalian case reversed the previous decision and ruled that Foodora's workers have the right to obtain a compensationwith reference to the activity performed consistent with direct and indirect remuneration to the employees in the logistics sector, including yearly bonuses, holidays and pay. The right to economic parity of platform workers was determined through the extension of the employment rules to collaboration activities "organized by the contractor" provided by art. 2 D.lgs. 81/2015, (i.e. those jobs that are carried out on a personal level, but whose methods of execution are organized bythe client with reference to times and places of work). The ruling therefore confirms that the collaborators are not to be recognized as subordinate workers (as it was proposed by the workers) but must still be considered as self-employed, also providing that in some specific cases, according to the provisions of the Decree, the discipline of the employment relationship can find application on some aspects.

34 In the context of contact sports see *Square Ring Inc., v. Toryanovksy* US District Court (Florida) which concluded that aboxer under a promotional agreement was neither an "employee" (not sufficient control exerted by the management) nor a "laborer" (not performing unskilled labor)

35 State laws cannot override or encroach upon this authority. See *Garner v. Teamsters Union*, 346 U.S. 485 (1953) and *San Diego Unions v. Garmon*, 359 U.S. 236 (1959)

36 *SuperShuttle* DFW, Inc., 367 NLRB No. 75 (2019) and the Advice memorandum, *Uber Technologies*, Inc., Cases 13-CA-163062 et al. (April 16, 2019)

37 *FedEx Home Delivery*, 361 NLRB 610 (2014)

control how the work is performed and whether the company or the worker provides equipment: in particular, the NLRB memorandum gave prevalenceto factors that indicate a contractor relationship, as for the case of the way in which the parties involved frame their relationship while downplaying the significance of elements that are, on the other hand, able to suggest an employment relationship, as for the case that in most cases these workers perform a function that is central to Uber's business. The Labor Department opinion also stated that VMC may simply provide a referral service and therefore, it does not directly receive services from service providers, but rather "empowers service providers to provide services to end-market consumers"[38].

The NLRB also adopted a significantly extensive view of the of entrepreneurship, stating that the main element in the the determination of contractor status[39] was represented by the opportunity for the worker to profit from an activity in the same way an entrepreneur would. "The drivers had significant entrepreneurial opportunity by virtue of their near complete control of their cars and work schedules, together with freedom to choose login locations and to perform other activities, including working at the behest of competitors of the company": according to these two 2019 determinations, contractors lack the protection given to employees under federal law — and enforced by the labor board — for unionizing and other collective activity, such as protesting the policies of employers, making it extremely difficult for Uber drivers to form a representative body that can be recognized as a union.

However, in April 2019 the California Supreme Court in the *Dynamex* case[40] adopted the so- called "ABC test" to determine whether a worker is an

38 https://www.dol.gov/whd/opinion/FLSA/2019/2019_04_29_06_FLSA.pdf . It can be highlighted how the Court of Justice of the European Union has ruled in C-434/15 that a service provided by a company such as Uber representsmore than a "simple" intermediation service consisting of connecting, by means of a smartphone application, a non- professional driver (using his or her own vehicle) with a person wishing to make an urban journey but that the service must be regarded as forming "an integral part of an overall service whose main component is a transport service": as a consequence, it must be classified a service in the field of transport, and Member States are authorized to regulate its conditions.

39 In the wording utilized by the NLRB, the "animating principle". NLRB overturned its decision in *FedEx* which modified the test for whether an individual is an "employee" or an independent contractor under the NLRA that limited the import ofan individual's entrepreneurial opportunity for purposes of the independent contractor analysis, and returned to the traditional common-law agency test.

40 *Dynamex Operations West, Inc. v. Superior Court of Los Angeles* (2018) 4 Cal.5th 903

employee. Businesses and employers therefore have to prove that the worker: a) is free from the company's control b) is doing work that

isn't central to the company's business, and c) has an independent business/activity in the sector.If these conditions aren't met then the workers have to be classified as employees for the purposesof minimum wages and overtime pay (while not addressing compensation benefits, rest periods, paid leave and other benefits).

In May 2019 the California State Assembly passed the AB5 bill, which expands the judicial decision in *Dynamex* by applying the ABC test[41] to determine who is an independent contractor, detailing labor protections such as unemployment insurance, health care subsidies, paid parental leave, overtime pay, workers' compensation, and also providing a guaranteed $12 minimum hourlywage[42]. Furthermore, with the aim of providing platform workers with an effective degree ofprotections, it allows State and city attorneys[43] to sue companies through injunctive reliefs in order to enforce AB5's new worker classification standards. It must also be noted that AB5 also exempts a series of occupations from the application of the ABC test[44].

41 2750.3. (a) (1) For purposes of the provisions of this code and the Unemployment Insurance Code, and for the wage orders of the Industrial Welfare Commission, a person providing labor or services for remuneration shall be consideredan employee rather than an independent contractor unless the hiring entity demonstrates that all of the following conditions are satisfied:
(A) The person is free from the control and direction of the hiring entity in connection with the performance of the work,both under the contract for the performance of the work and in fact.
(B) The person performs work that is outside the usual course of the hiring entity's business.
(C) The person is customarily engaged in an independently established trade, occupation, or business of the samenature as that involved in the work performed.

42 By codifying the decision in Dynamex, the bill aims to ensure employees' workplace protections and avoid the unfairness of companies who use misclassification to avoid payment of payroll taxes, workers compensation, Social Security, unemployment, and disability insurance. See AB5 Section1(c), (e).

43 (Legal remedies can be sought by State AG or a city attorney "of a city having a population in excess of 750,000", which highlights the relevance of the phenomenon in bigger urban centers (in the specific case San Diego, San Francisco, San Jose and Los Angeles).

44 Section 2(b). The list of exempted occupations includes licensed professionals in various financial activities; commercial fishermen; certain licensed barbers and cosmetologists; and others performing professional services under acontract with another business entity, or pursuant to a subcontract in the construction industry. In order to carry out the analysis for this exclusion, AB5 directs courts to apply the Supreme Court decision in *Borello & Sons, Inc. v. Department of Industrial Relations* (1989) 48 Cal.3d 341 and also provides courts with the flexibility to apply the mulit-factor *Borello* test for other occupations if a court rules the ABC test "cannot be applied to a

In the wake of the adoption of AB5, several delivery and transportation companies (Uber, Lyft, DoorDash, Instacart) launched a ballot initative in order to secure an exception to the classifcation of the platform workers as employees: the so-called Proposition 22 passed in November 2020 with 59% of the vote and granted app-based transportation and delivery companies an exception to AB5. These companies were therefore able to retain the right to classify their workers as independent contractors, exempting employers from providing the benefits mandated by the California bill but rather focusing on economic incentives[45], full contribution to medical costs[46] anda series of actions regarding workplace discrimination and safety[47].

The regulatory option[48] was the one pursued also through the Italian decree n. 101/2019[49], which set out a series of provision with a view of gua-

particular context based on grounds other than an express exception" listed in the bill. See Section 2(a)(3)

45 Specifically, a retribution calculated in 120 % of the local applicable wage for each hour a driver spends driving (with passenger or en route), albeit with the significant exclusion of time spent waiting and a $0.30/mile compensation for expenses for each mile driven with passenger or en route.

46 Among the provisions of the measure is a health insurance stipend for drivers who average more than 15 hours per week driving and a requirement for the companies to pay medical costs and some lost income for drivers hurt while driving or waiting, as well as a prohibition for drivers from working more than 12 hours in a 24-hour period for a single rideshare or delivery company.

47 The measure prohibits workplace discrimination and requires that companies: (1) develop sexual harassment policies,
(2) conduct criminal background checks, and (3) mandate safety training for drivers. See the report on the measure bythe California Legislative Analyst's Office, available at https://lao.ca.gov/ballot/2020/Prop22-110320.pdf

48 Within the U.S. context, the example of California is not isolated: similar stringent requirements are being consideredin the states of New York, Oregon and Washington, and New Jersey enacted at the beginning of 2020 a series of laws aimed at protecting the rights in particular of self-employed workers (like truckers and freelance writers) by requiring the companies that hire them to pay payroll taxes, penalizing employers intentionally misclassifying employees, requiring employers to post notices describing misclassification. On the enforcement side a series of legal items allow the sharing of tax information between the state Department of Treasury with Labor and Workforce Development, and to hold both labor contractors and employers equally liable for evading tax laws, as well as to allow stop-work orders to be issued against employers violating state wage, benefit or tax law. The aim of this normative package is to address some of the problems most commonly associated with businesses misclassifying workers and that had already brought forth a series of lawsuits where the NJ State's labor department has fined Uber for more than $600 millions in back taxes linked to misclassification of its drivers as independent contractors instead of as employees.

49 Digital platforms are defined as the IT programs and procedures that, independently of the place of establishment, organize and manage the delivery of goods, fixing the price and determining the specific methods of performance of the service: the decree therefore adopts a perspective similar to

ranteeing base economic and legal protection for particularly weak categories of "precarious" workers, including those whose activity is organized through digital platforms or perform delivery services, extending the scope of art. 2 par. 1 of Legislative Decree no. 81/2015, establishing in turn the application of the discipline of subordinate work to those exclusively personal continuous collaboration relationships, whose execution methods are organized by the client also with reference to time and place of work.

D.L. 101/19 specifies that such rule is to be applied in the case in which the performance of the service "are organized through digital platforms"[50], and that Contracts must be provided in written form to the workers, who shall also receive all the relevant information for the protection of their interests, their rights and their safety[51].

For what it refers to the guarantee of employment opportunities, the exclusion from the platform as well as a decrease in job opportunities which can linked to non-acceptance of the task by the worker are prohibited: furthermore, the statutory protections from discrimination are bound to apply to all the aspects of the employment, including access to the platform. D.L. 101/2019 provides that the wages cannot be set "in a prevalent measure" on the basis of the deliveries completed, and that the worker will be entitled to the hourly wages if he accepts at least one task during that timeframe (furthermore, workers must be guaranteed a supplementary allowance of at least 10% for any activity performed at night, during the holidays and, in particular, in unfavorable weather conditions). Wages may be set through collective agreement (in absence of specifications, it can be inferred that such bargaining may also be carried out at company level) and which may also define "modular and incentive compensa-

the aforementioned ruling by the Turin Court of Appeal, and also broadens its cover beyond the delivery sector to any kind of platform work.

50 D. L. 3.9.2019 n. 101 "Disposizioni urgenti per la tutela del lavoro e per la risoluzione di crisi aziendali"

51 With specific regard to occupational H&S, an interesting set of provisions concerns the workers' protection for the case of accident, injury or occupational diseases: art. 47-ter entitles platform workers to the compulsory insurance coverage while also stating the obligation for the VMCs to fulfill the various requirements set out by the national health and safety regulations. Companies are therefore required to carry out preemptive risk assessment procedures, provide the necessary information and relevant training with reference to work-related risks, perform health surveillance activities during the course of the relationship and provide the personal protective equipment to the workers.

tion schemes, taking into account the methods of performance of the service and the various organizational models".

Furthermore, the decree establishes the creation of a independent monitoring body for the assessment and evaluation of the new provisions on the basis of the data provided by the main national statistical entities and authorities with regards to the effects of the new norms, as well advance amendments and revisions of the text deriving from the evolution of the features of the labour market.

4. CONCLUSION

Notwithstanding the substantive protections introduced and the involvement by the social partners set out by both texts, the AB5 and D.L. 101/2019 do not clarify in particular the degree of control by the employer or how specific the organization of the times and places of the activity mustbe in order to extend the scope of the rules on subordinate work and, in the U.S. case, also provide a set of explicit exclusions[52].

An effective regulation of the of the jobs connected to the gig-economy should avoid further fragmentation of labour market and should be able to go beyond the specificities of currentexperiences in domestic economic sectors. In this sense the recourse to existing legal frameworks for the main aspects of the employment relationship appears an adequate response to realign the regulation of these relationships with those in place at domestic and supranational setting for other forms of flexible and non-standard employment, while also recognizing and specifically addressing some of the more specific features of the form of employment considered, or the sector of activity covered[53].

52 It must also be noted that in June 2021 in California the District Judge in in a misclassification lawsuit (Kent Hassell v. Uber Technologies Inc., Case No. 20-cv-04062-PJH) put off the decision on whether the AB5 exemption introduced by Proposition 22 "abated" the legal rights of gig workers that existed before it was passed, denying the defendant's motion to dismiss while also underlining how the plaintiff had not shown that all of the rights employees enjoy under California labor law still applied to claims that predate the adoption of Prop 22. The 9th U.S. Circuit Court of Appeals is currently considering an analogous abatement issue in *Lawson v. Grubhub*, in which a judge ruled that a Grubhub delivery driver was an independent contractor under the test that was replaced by AB5.

53 The differential in bargaining power my not be entirely addressed by an antitrust solution, but this approach may represent a signmificant part, since it implicates the business models available to the economy's dominant firms: either workers are employees, in which case they are to be considered subject to the organizational power, monitoring and control by the company management and are to be granted statutory protections (including the right to bargain collectively), or they

And in this sense it appears of particular significance the involvement of relevant social partners[54] with a view of regulating several aspects linked with the actual possibilities for the employers to utilize non standard forms of employment, which is to be devolved to collective agreements signed at various levels (be it national, sectoral/territorial, or within the company workforce and the management), and covering a wide range of topics, identifying specific quantitative limits or derogations as well as the activities or services for which the recourse to these forms of employment is allowed, the requisites of contract that must be signed by the individual worker, but also containing in some cases provisions concerning equal treatment with regards to pay, social security and access to future employment or training opportunities, as well as specific communication duties imposed on employers and their inclusion within the scope of the provisions on mandatory insurance and injury compensation schemes, in order to tackle the most significant potential negative impact of gig work on the level of workers' social protections and to limitemployers' power in determining the working conditions and, in particular, limiting the access to future employment opportunities.

---

are to be framed as independent contractors/service providers/businesses, and they should not be coerced by contract, or by any other means. Proposals to extend and strengthen labor law tests for statutory employmentto take account of gig economy technologies are crucial, but they will be ineffective so long as employers and lead firms retain the strong incentive to push workers outside their protection. The role of antitrust in that context is to create a significant cost to so doing: the potential for treble damages under antitrust liability should a lead firm be caught coordinating and directing the activities of its non-employee subsidiaries and contractors. That is the mechanism that would weigh against employers' incentive to mis-classify. See Steinbaum M., *Antitrust, the Gig Economy, and Labor Market Power* in 82 *Law and Contemporary Problems* 45-64 (2019) Available at: https://scholarship.law.duke.edu/lcp/ vol82/iss3/3

54 It is also to be underlined whether having the benefit of the antitrust labor exemption alone would actually ensure more equitable treatment of workers, since an exemption would simply allow workers to act in concert to pursue higher compensation and better contract terms without exposure to antitrust liability and, to the extent that any collective negotiation would occur outside the NLRA/NLRB system, the NLRB's processes, including its enforcement mechanisms and the NLRA's remedies, would be unavailable to the workers, the service providers would be under no legal obligation to negotiate with the workers acting collectively, let alone negotiate in good faith. Nor would they be bound by the NLRA'sprohibitions against unfair labor practices as defined by the Act, such as reprisals for workers who engage in collective action. See Lao M., *Workers in the "Gig" Economy: The Case for Extending the Antitrust Labor Exemption* in *UC Davis Law Review* Vol. 51-4, 2018, pp.1583-1584

HETEROMATION: LABOR AND COLONIALITY IN DATA DRIVEN ECONOMY*

CHIARA HASSEMAR

Ph.D. in Labour Law from *Università degli Studi di Roma* - Tor Vergata, recognized in Brazil from *Universidade Federal de Minas Gerais*. From 2012 to 2018 collaborator for the Legislative Office of the *Partito Democratico* Group at the Senate of the Republic e for the Vice President of the Senate and finally employee for the Legislative Office of the *Articolo 1-Movimento Democratico e Progressista* Group in the Senate. In the 2018 employee for the Legislative Office of the *Liberi e Uguali* Group at the House of Deputies. From 2019 instructor at the Municipality of Rome.

FLÁVIA SOUZA MÁXIMO PEREIRA

Ph.D. in Labour Law from *Università degli Studi di Roma* - Tor Vergata in a Cotutelle Agreement with Universidade Federal de Minas Gerais. Professor of Labor Law and Social Security Law at Universidade Federal de Ouro Preto, Brazil. Coordinator of the research group "Ressaber: Estudos em Saberes Decoloniais" at Universidade Federal de Ouro Preto, Brazil. Member of the core group of research "Democratizing work".

* To Guglielmo

ABSTRACT: Despite capitalism desire for total automation, human beings are still a fundamental asset, producing *surplus* value through data. Heteromation is the user's unpaid work on networks that generates data for technology companies. By capturing these data, algorithms can predict or alter human behavior. Heteromation's data are sold, maintaining the power structures of class, race, nationality, and gender that were created during colonization, but remain in contemporary social relations. However, Labor Law continues to ignore data coloniality in labor relations, disregarding heteromation. The legal regulation of data is still made in a privatistic and personal perspective, ignoring the epistemology of social rights. Therefore, it is urgent to apply decoloniality of knowledge in Labor Law, with the redefinition of the legal concept of work, time and value in data driven economy.

KEYWORDS: Labor Law. Heteromation. Coloniality of power.

1. INTRODUCTION

In a simple way, algorithms could be defined as a series of formal and abstract instructions on which a computer is called to complete a task[1]. It is necessary to reflect on the impact of these algorithms on our everyday life; on how much they can influence our daily decisions: advertising messages as sections of articles "recommended for you" on online purchases, creating a playlist of songs according to our musical tastes or proposing certain accommodation when we book a travel. For example, a project called "Cloud Valley", created by the Chinese company "Terminus", plans to use sensors and devices to collect data on all human life's aspects: from weather to pollution; from food to consumption desires, to automatically meet the needs of residents, anticipating them[2].

We need to think about the impact of the use of our data extracted from devices such as tablets, e-mail boxes, social networks. The problem is not algorithms and technology, but the distorted and non-transparent use of them. We refer to the direct or indirect use of our data, without our conscious consent, related to personal behavior, as our food taste, our preferences for a kind of transport or for certain types of clothes. There is a "computerization" of our lives,

1 ALOISI, A. DE STEFANO, V. Il tuo capo è un algoritmo. Contro il lavoro disumano, 2020, p. 52.

2 PIERANNI, Simone. "L'algoritmo manager ti licenzia per errore. E non puoi protestare". L'espresso, n. 14, 2021, p. 82.

which every real or non-real movement is traced, manipulated, and archived for statistical, financial, commercial, electoral, or legal purposes[3].

This "computerization" also stands for the legal concept of work in data driven economy. Despite capitalism desire for total automation, human beings are still a fundamental asset, producing *surplus* value generating data. Heteromation is the user's unpaid work on networks that generates data for technology companies[4]. By capturing these data, algorithms can predict or alter human behavior. Heteromation's data are sold, maintaining the power structures of class, race, nationality, and gender that were created during colonization, but remain in contemporary social relations[5].

The expression "data extraction" brings the idea that it is something natural, freely available in the space of nature, without being the result of someone's work[6]. The argument created by capitalism in colonialism is that natural resources were abundant and available in space, and therefore should be valueless[7]. However, resources were not valueless *per se,* but the legal and economic structures imposed by the colonizer rationalized them in this way[8].

Nowadays, what we have is a different version of the same movement: the appropriation of data in social relations is free, as it is an "abundant resource"[9]. However, data is not a substance found in nature. Data is the product of unpaid work that is mediated by digital technologies. There is a parallel here with the way in which capitalism appropriated natural resources and colonized's work in colonialism, which was justified by legal, linguistic, religious, cultural means[10].

3 ZUBOFF, S. "Big other: Surveillance capitalism and the prospects of an information civilization". Journal of Information Technology, Vol. 30, 2015, p. 75-89.

4 EKBIA, H; NARDI, B. Heteromation, and Other Stories of Computing and Capitalism. MIT Press, p. 1, 2017.

5 QUIJANO, Aníbal. Colonialidad do poder, eurocentrismo e América Latina. In LANDER, Edgardo (org.). A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas. Buenos Aires: CLACSO, 2005, p.119.

6 EKBIA, H; NARDI, B. Heteromation, and Other Stories of Computing and Capitalism. MIT Press, p. 87, 2017.

7 EKBIA, H; NARDI, B. Heteromation, and Other Stories of Computing and Capitalism. MIT Press, p. 96, 2017.

8 EKBIA, H; NARDI, B. Heteromation, and Other Stories of Computing and Capitalism. MIT Press, p. 102, 2017.

9 EKBIA, H; NARDI, B. Heteromation, and Other Stories of Computing and Capitalism. MIT Press, p. 110, 2017.

10 EKBIA, H; NARDI, B. Heteromation, and Other Stories of Computing and Capitalism. MIT Press, p. 88, 2017.

In colonialism, we had tangible and concrete natural - and "non-white" human - resources, which, through a legal-cultural structure created by the colonizer, were appropriated, exploited and extracted. In data driven economy, we have an intangible and abstract social resource, which through a legal-cultural structure created by the Global North[11], is being appropriated, exploited, and extracted by technology companies, maintaining the coloniality of power. There is a data coloniality in data driven economy, perpetuating the same hierarchies of class, race, gender, and nationality in the world of work.

Who does produce these data? How are they produced? How are they valued? Who does own and sell these data? With these questions, we want to stress the legal concept of work and question the spatial distribution of the value that heteromation generates. As in colonialism, the worker in data coloniality is not homogeneous and is not exploited in the same way.

Therefore, in the first section of this article, we seek to analyze the impact of algorithms in the world of work by demonstrating how generate data can be defined as unpaid labor, denominated heteromation. Afterwards, we explain data coloniality, describing how data extracted thought heteromation, which is sold to technologies companies, maintain the power structures of class, race, gender, and nationality that were created during colonization. Finally, we demonstrate how Law has been acting against data coloniality, analyzing some responses stablished by the EU General Data Protection Act (GDPR) and the Brazilian General Data Protection Law (LGPD – Law n. 13.709).

In conclusion, we understand that legal regulation of data is still made in a privatistic and personal perspective, disregarding the epistemology of social rights, including Labor Law. Labor Law continues to ignore data coloniality in labor relations, disregarding heteromation. In that way, it is urgent to apply decoloniality of knowledge[12] in Labor Law, with the redefinition of the legal concept of work, time and value in data driven economy.

11 EKBIA, H; NARDI, B. Heteromation, and Other Stories of Computing and Capitalism. MIT Press, p. 1, 2017.

12 According to Mignolo, the coloniality of power, in programmatic terms, proposes a project of "detachment" from hegemonic knowledge. Thus, the decolonization of knowledge is a project of epistemic detachment in the social sphere, as well as in the academic sphere, that is a dimension of the social one. MIGNOLO, Walter. Desobediencia epistémica: retórica de la modernidad, lógica de la colonialidad y gramática de la descolonialidad. Buenos Aires: Ediciones del Signo, 2010.

2. ALGORITHMS IN THE WORLD OF WORK: THE CASE OF HETEROMATION

Algorithms play a central role in the world of work. Management is highlighted through algorithms, which are expressed by mathematical organizational practices carried out by non-human agents. Companies use algorithms to monitor the presence and performance of employees, to control their work and cultural habits, decreasing the costs and time related to human management[13]. Therefore, algorithm's role in the world of work is not only relevant for *gig-economy*, because digital management controls all dimensions of worker's life.

Labor relations, in the context of data driven economy, are under-regulated by Law. And it is in this case that the discourse of heteromation takes over. Ekbia and Nardi's conceptualization of 'heteromation is the extraction of value from low-cost or unpaid labor in computer-mediated networks' [14]. Automation is also accompanied by the emergence of 'heteromated labor in which the human operates on the margins of the machines. While automated systems relieve humans of labor, heteromated systems demand it'[15].

Heteromation represents for all purposes a new mechanism 'for accumulating wealth'[16]: a new process of capital accumulation based on moments of economically valuable labor that return truly little to the worker but sustain powerful technology companies[17]. 'Heteromation is consistent with the labor theory of value; capital uses computing to extract low-cost or no-cost labor in networks to sustain the growth of profits'[18]. It is a labor relation in which value is extracted for others [19].

13 PIERANNI, Simone. "L'algoritmo manager ti licenzia per errore. E non puoi protestare". L'Espresso, n. 14, 2021, p. 80.

14 EKBIA, H; NARDI, B. Heteromation, and Other Stories of Computing and Capitalism. MIT Press, p. 1, 2017.

15 EKBIA, H; NARDI, B. Heteromation, and Other Stories of Computing and Capitalism. MIT Press, p. 32, 2017.

16 EKBIA, H; NARDI, B. Heteromation, and Other Stories of Computing and Capitalism. MIT Press, p. 1, 2017.

17 EKBIA, H; NARDI, B. Heteromation, and Other Stories of Computing and Capitalism. MIT Press, p. 1, 2017.

18 EKBIA, H; NARDI, B. Heteromation, and Other Stories of Computing and Capitalism. MIT Press, p. 32, 2017.

19 EKBIA, H; NARDI, B. Heteromation, and Other Stories of Computing and Capitalism. MIT Press, p. 33, 2017.

This is how technology companies can generate *surplus* value[20] without a reasonable number of employees[21].

Heteromation includes the creation of data and content on social media, but also customer self-service activities, which replace jobs in banks, airport counters, supermarket checkouts, allowing the replacement of visible, concrete, and paid work – albeit low-paid value – for an invisible, abstract, and unpaid labor of users of digital services. In this sense, job losses are real, but work does not disappear, it only changes in space[22].

Therefore, heteromation generally involves hidden labor, often unbeknownst to workers themselves, who are unaware that, for example, their social media activity may be transformed into commodities sold for advertising[23]. Ekbia and Nardi point out that a lot of value in the digital economy is extracted from simple use, through social networks, for example[24]. 'The use of a product or technology by any user increases the product's or technology's value for other users, and therefore a large installed base of users is positively valued by financial markets'[25]. As part of their analysis, they suggested that a distinction should be drawn between heteromated labor (or work) and heteromated use – that some of these relationships are better seen not as acts of 'production' but as acts of consumption[26].

In summary, heteromation can be understood as a computer-mediated mechanism of extraction of value from various forms of human labor through an inclusionary logic, active engagement, and invisible control. These key attributes of heteromation – inclusion, engagement, and invisibility - make it

20 MARX, Karl. O capital. [Livro I]. Crítica da economia política. O processo de produção do capital. São Paulo, Boitempo, 2ª edição, 2013, p. 160.

21 EKBIA, H; NARDI, B. Heteromation, and Other Stories of Computing and Capitalism. MIT Press, p. 35, 2017.

22 SADOWSKI, Jathan. "When data is capital: Datafication, accumulation, and extraction". Big Data & Society. June 2019: p. 1–12.

23 EKBIA, H; NARDI, B. Heteromation, and Other Stories of Computing and Capitalism. MIT Press, p. 35, 2017.

24 EKBIA, H; NARDI, B. Heteromation, and Other Stories of Computing and Capitalism. MIT Press, p. 37, 2017.

25 EKBIA, H; NARDI, B. Heteromation, and Other Stories of Computing and Capitalism. MIT Press, p. 37, 2017.

26 EKBIA, H; NARDI, B. Heteromation, and Other Stories of Computing and Capitalism. MIT Press, p. 38, 2017.

at once novel, powerful and dangerous[27]. To some extent, each of us, even if we never post messages, images, or videos, are producing data and metadata[28].

And why do we legally consider heteromation as work? We know that the fact that heteromation is made invisible does not disqualify this activity as labor, such as care work, which is still solemnly ignored by Labor Law. Like care work, heteromation is not always contractually mediated and often lacks an identifiable entity that benefits from this activity – such as a single employer. So why do we consider care and heteromation as work?

Because both involve the consumption of human energy that generates value over time. Therefore, we are talking about the concept of productive work, addressed by Marxist theory and by Law, which generates exchange value, but not only from it. We are talking about other value's dimensions: economical, but also cultural, social, and affective. We are talking about types of work that can consume intangible values of our existence, which cannot be measured by Labor Law legal institutes of modernity, such as the working day, or regulated by an externalized contract. We are talking about a kind of work that, many times, does not even result in a concrete activity. But even so, they are values and times lived by subjects, which require energy, demand concentration, and generate consumption of our bodies.

By expanding the legal concept of work through the pluralization of value, not restricting ourselves to the mercantile-quantitative perspective - we are using Marxist theory as regards the concept of abstract work[29] - but not only it. Abstract labor refers to the amount of human labor needed to produce the use value of a commodity, which can be something immaterial, such as data. Therefore, work is the consumption of energy from our body over time, that not only generates *surplus* value, but also generates value for the sustainability of lives[30], that is, it meets any type of desire or need of capitalist society.

---

27 EKBIA H., NARDI B. Heteromation, and Other Stories of Computing and Capitalism. MIT Press, p. 39, 2017.

28 FACHIN Patricia, "O trabalho digital é o ingrediente não secreto da inteligência artificial". Entrevista com Antonio Casilli, in IHU On-Line, 2021.

29 MARX, Karl. O capital. [Livro I]. Crítica da economia política. O processo de produção do capital. São Paulo, Boitempo, 2ª edição, 2013, p. 160.

30 CARRASCO, Cristina. O paradoxo do cuidado: necessário, porém invisível. In: VILELLA, Shirley; JÁCOMO, Márcia Larangeira (orgs.). Orçamentos sensíveis a gênero: conceitos. Brasília: ONU Mulheres, 2012. p. 251-285.

The concept of work in the data driven economy can no longer be restricted to the legal elements of modernity: visible remuneration; conscious contract; direction of labor activity by a human body. It is crucial to focus on the role of this labor activity in the broader context of data economy. In this way, heteromation is not an accidental or isolated process, but represents a reconfiguration of value and work for capital accumulation.

In addition to heteromation process, it is also urgent to analyze the discriminatory aspect of data driven economy, regarding stereotypes and prejudices on gender identity, sexual orientation, ethnic origin, that maintain the coloniality of power. The narratives that justify data extractivism are as universalistic as those of colonial modernity[31]. We are told that the expropriation of human life through data represents economic growth; avoids discrimination; that brings human connection; democratic spaces and redistributive justice[32].

According to recent research[33], data driven economy reproduces intersectional disparities of gender, race, class, and nationality, which are being incorporated by artificial intelligence, through algorithmic machine learning techniques. The example of Google that started labeling black people in photos as gorillas; Nikon's photography software that warns the photographer that someone blinks when they have people with Asian traits; or artificial intelligence represented by Apple's Siri voice that doesn't know what to say when the female cell phone owner tells it she was raped[34]: artificial intelligence does not prevent human

31 COULDRY, Nick; MEJIAS, Ulises. The costs of connection: How Data Is Colonizing Human Life and Appropriating It for Capitalism. Stanford, California: Stanford University Press, 2019, p. 69.

32 COULDRY, Nick; MEJIAS, Ulises. The costs of connection: How Data Is Colonizing Human Life and Appropriating It for Capitalism. Stanford, California: Stanford University Press, 2019, p. 72.

33 See KIM, Pauline. "Data-Driven Discrimination at Work". William & Mary Law Review, Vol. 48, 2017. p. 857-936. MANN, Monique, MATZNER, Tobias. "Challenging algorithmic profiling: The limits of data protection and anti-discrimination in responding to emergent discrimination". Big Data & Society July–December 2019: p. 1–11; FAVARETTO, Maddalena; ELGER, Bernice Simone; CLERCQ, Eva De. "Big Data and discrimination: perils, promises and solutions: systematic review". Journal of Big Data, 2019, p. 6-12; WILLIAMS, Betsy Anne; BROOKS, Catherine F; SHMARGAD, Yotm. "How Algorithms Discriminate Based on Data They Lack: Challenges, Solutions, and Policy Implications". Journal of Information Policy, 2018, Vol. 8, p. 78-115; SILVA, Tarcízio. Racismo Algorítmico em Plataformas Digitais: microagressões e discriminação em código. In: SILVA, Tarcízio (org). Comunidades, Algoritmos e Ativismo Digitais: olhares afrodiaspóricos. São Paulo: LiteraRUA, 2020

34 ZHAO, Jieyu; WANG, Tianlu; ORDONEZ, Vicente; CHANG, Kai-Wei; YATSKAR, Mark. "Men Also Like Shopping: Reducing Gender Bias Amplification using Corpus-level Constraints".

error and, what is more serious, can recreate the intersectional discrimination imposed by coloniality of power.

Therefore, far from having neutral results and reducing labor discrimination and inequality, the data driven economy reproduces intersectional oppressions imposed by colonization, which persist to this day. There is a data coloniality in the world of work.

3. WHAT IS DATA COLONIALITY?

The data extracted thought heteromation, which is sold to technologies companies, maintaining the power structures of class, race, gender, and nationality that were created during colonization, is what we denominate data coloniality. We call it coloniality, not colonialism. Coloniality allows us to understand the continuity of colonial domination forms beyond the end of historical colonialism[35].

If historical colonialism was an appropriation of land, bodies, minds and natural resources, data coloniality can be understood as an appropriation of social resources in all life's dimensions. Data relationships are new types of human relations that give tech companies a comprehensive view of all our forms of sociability, allowing human life to become a production factor for capitalism[36].

Just as historical colonialism invaded all spaces of the colonized's life, starting from the economic and occupying the political, psychological, and spiritual dimension, the coloniality of data makes our entire existence available to capitalism, but in high speed and without concrete geographical space's limitation[37].

The narratives that justify the extraction of data by technology companies are as universalist as those of colonial modernity. Mejias and Couldry[38] list

Proceedings of the 2017 Conference on Empirical Methods in Natural Language Processing, pages 2979–2989. Copenhagen, Denmark, September 7–11, 2017.

35 LUGONES, María. "Colonialidad y género". Tabula Rasa. no .9, julho-dezembro. Bogotá, 2008, p. 75-101.

36 COULDRY, Nick; MEJIAS, Ulises. The costs of connection: How Data Is Colonizing Human Life and Appropriating It for Capitalism. Stanford, California: Stanford University Press, 2019, p. 70.

37 COULDRY, Nick; MEJIAS, Ulises. The costs of connection: How Data Is Colonizing Human Life and Appropriating It for Capitalism. Stanford, California: Stanford University Press, 2019, p. 102.

38 COULDRY, Nick; MEJIAS, Ulises. The costs of connection: How Data Is Colonizing Human

these discourses: a. Messianic-developmentalist narrative, which presents the coloniality of data as a civilizational project, carried out on behalf of subaltern subjects in the search for progress, security and democracy; b. Cultural narrative, which promotes data extraction as a collective "sharing", but reduces the value of privacy and encourages self-image egocentric competition, destroying the solidary and anti-capitalist concept of common; c. Technocrat narrative, which frames data extraction as a legitimate objective of science, entrepreneurship and human creativity. d. And, finally, the narrative that interests us here: legal-economic narrative, which frames the data as a property without owner and without value, ignoring the work that we do to produce them.

Who does produce these data? How are they produced? How are they valued? Who does own and sell these data? With these questions, we want to stress the legal concept of work and question the spatial distribution of the value that heteromation generates. As in colonialism, the worker in data coloniality is not homogeneous and is not exploited in the same way.

In the colonization of the Americas, according to Quijano[39], the idea of race associate with the skin color was created: it was an imposition of a new geopolitical identity to enable colonial domination through a racial division of labor. "Indigenous"[40] were confined to servitude; "blacks" were enslaved; European white women were imprisoned in reproductive work; "black" and "indigenous" women were sexually objectified, raped, and exploited in domestic enslavement; "black" women were mortified as slaves in rural areas and mining slavery.

Only white European men could perform free work. This means that in the colonization of Latin America there was an exclusive association of male whiteness with free work, with wages, with the standard of human. This racial division of labor had remained in contemporary capitalist relations, expressing itself in an almost exclusive association of male whiteness with the protected employment in data driven economy.

Life and Appropriating It for Capitalism. Stanford, California: Stanford University Press, 2019, p. 103.

39 QUIJANO, Aníbal. Colonialidad do poder, eurocentrismo e América Latina. In LANDER, Edgardo (org.). A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas. Buenos Aires: CLACSO, 2005, p.119.

40 QUIJANO, Aníbal. Colonialidad do poder, eurocentrismo e América Latina. In LANDER, Edgardo (org.). A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas. Buenos Aires: CLACSO, 2005, p.120.

According to Couldry and Mejias, cross-border data exchanges accounted for an overall traffic of 211.3 terabytes per second (TBps) in 2014 and was valued at $7.8 trillion and that year. But a closer look reveals that exchanges are highly uneven: while flows between North America and Europe jumped from 1,000 terabytes per second in 2005 to more than 20,000 terabytes per second in 2014, the flow between North America and Latin America, for example, only increased from 500 terabytes per second to 5,000 terabytes per second during that same period. The flow between Asia and Africa went from e 50 terabytes per second to e 500 terabytes per second in the same period.

This means that while a large part of the "non-white" bodies remains marginalized from digital spaces, in poverty and informal work, without any recognized rights, white people from the Global North – but also those from the Global South of higher classes – navigate in high-speed networks, producing data.

Therefore, there is an *external dimension* of exclusion regarding data coloniality, which prevents "non-white" and poor workers from the Global South from accessing high-speed networks as users. Colonialism's racial and geopolitical division of labor remains in heteromation: white people continue to occupy free and privileged work, whether in the protected employment or in heteromation, and have their data captured and processed by technology companies in the Global North, to influence culture, politics, economy, and livelihoods of "non-white" people in the Global South.

"Non-white" people in the Global South have every aspect of life commodified, but without the right to the same participation in network spaces as dominant users or as protected employees, and without the right to any share of wealth or decision-making power in social relations.

This also causes a major problem regarding the diversity of data captured by this model of algorithms for decision-making, which are not representative in terms of gender, race, class and, therefore, do not proportionally represent the working class. Those who live on the margins of big data, without having access to high-speed internet, have their lives less processed by the data economy.

So, the big question is while algorithms promise objective data analysis, we must understand whether the discriminations they can introduce are even greater than the human biases they claim to avoid[41]. As Pauline Kim's studies

41 KIM, Pauline. "Data-Driven Discrimination at Work". William & Mary Law Review, Vol. 48,

demonstrate[42], algorithmic decision models are unlikely to be less discriminatory than those of human decisions because algorithmic choices are based on limited data. What a predictive algorithmic decision model learns depends on the data to which it has been exposed. Algorithms only incorporate information present in their database. However, humans who depend on them will accept their choice based on extremely restricted information as a neutral and universal result.

Thus, there is also an *internal dimension* of data coloniality. The Global South workers who can cross the border of digital exclusion have their data captured, altered, and sold by a tech company from the Global North. Most of all cross-border data traffic passes through the United States and is subject to surveillance and alteration methods that this government deems necessary. According to 2017 figures[43], three of the largest revenue IT companies in the world were headquartered in the US. It is no coincidence that the United States and other developed countries, in the name of technology, progress and democracy, have been pressuring the countries of the South to open their digital borders.

The Global North still assumes the role of controlling the South: data flows continue to replicate the movement of resources from the colony to the metropolis. The North holds the means of data processing and the colonized only provides the "raw" data. The data processing, analysis, and creation of value-added products that the colonized must buy at a disadvantage are controlled by the colonizer. In this sense, the coloniality of data reifies the gentrifications of class, race, and geopolitics of colonial capitalism, lowering the ways of life, knowledge, and culture of the South, transforming all the dimensions experienced into inputs for capitalism, without the distribution of their wealth.

Therefore, the data that drives *the data driven economy* are not neutral: they are driven by power relations and are extracted by capitalist-colonial processes experienced by real people which maintains the historical subalternity of the same Global South workers.

2017. p. 857-936

42 KIM, Pauline. "Data-Driven Discrimination at Work". William & Mary Law Review, Vol. 48, 2017. p. 857-936

43 EKBIA, H; NARDI, B. Heteromation, and Other Stories of Computing and Capitalism. MIT Press, p. 96, 2017.

4. LEGAL SOLUTIONS AGAINST DATA COLONIALITY

Algorithms have a deep impact on the world of work, maintaining coloniality of power in social relations. Therefore, a reflection on the power of control over workers cannot be ignored. In Italy, the Law 183 of 2014 contained, among other issues, an authorization for teleworker's control regulation. The Legislative Decree 151 of 2015 introduced new features regarding this remote control. In general, the use of tools for controlling teleworkers were allowed for "organizational and production needs" or for "work safety", but also for the "protection of company assets".

According to the Legislative Decree 151 of 2015, companies with units located in different provinces of the same region (or in several regions) could stipulated collective agreements on this subject not only with the "Unitary Union Representation" (RSU) and with the "Company Trade Union Representation" (RSA)[44], but also with the most representative trade unions at national level. If there is no collective agreement regarding this matter, the regulation could take place with a prior authorization of the Ministry of Labor and Social Policies.

Regarding the digital tools used for working or for recording employee's access and attendance, it is not required that the remote control be motivated by "organizational and production needs", "safety at work", and "protection of company assets". Finally, new rules are introduced to guarantee workers aimed at establishing that all information collected by the employer can be used for all purposes related to the employment relationship under certain conditions.

In European Union, the art. 88 of Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016, on the protection of natural persons regarding the processing of personal data and on the free movement of such data, establishes that States may issue special rules aimed at guaranteeing the protection of the rights and freedom of employees during the processing of data in the context of the employment relationship.

44 In Italy, RSA – *Rappresentanza Sindacale Aziendale* - and RSU - *Rappresentanza Sindacale Unitaria* - are two employee's collective organizations. The RSU is elected by all workers in the company, regardless of their membership in a trade union. Instead, the RSAs are elected by members of a particular trade union. Therefore, the RSU have the general representation of the workers, while the RSA protect only the members of the trade union. GIUGNI, Gino. Diritto Sindacale. Bari: Cacucci Editore, 2008, p. 84.

This can be done through collective agreements or legislative provisions. The EU General Data Protection Act (GDPR) stablishes that the worker control activities are carried out in a context of transparency and adequate protection of personal data. The control by the employer, and the processing of employee data, can, in fact, take place in a multiplicity of phases: evaluation of candidates and hiring, evaluation of work performance, planning and organization of work, health and safety of the working environment, protection of the employee's assets, termination of the employment relationship.

Therefore, it important to verify the logic underlying the automated decision-making processes, for the consequences that occur for the interested party for the purposes of the application of anti-discrimination rules. In this regard, the European Union, in the past years, has issued some directives[45] that have governed equal treatment and the safeguarding of dignity in the workplace.

The art. 22 of Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation - GDPR) excludes the hypothesis of making effective decisions on the basis of automated processes that could create legal effects for the interested party except with the presence of guarantee standards. It is therefore the right of the worker not to be subjected to mechanisms of this type. In this the GDPR places itself in an important plan to prevent, for example, job selection processes through algorithms.

Furthermore, the GDPR provides that the algorithmic assumptions, exceptions or not, cannot be based on sensitive data relating to health, sexual orientation, ethnicity, membership of a trade union, provided that the interested party does not agree or do not well-founded reasons of public interest. In this case, the adoption of adequate measures for the protection of the rights and freedoms of the interested party is ordered[46].

45 These are some directives that have been implemented: Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin; Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation; Directive 2006/54/EC Of The European Parliament and of the council of 5 July 2006 on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation .

46 ALOISI A. DE STEFANO V. "Il tuo capo è un algoritmo". Contro il lavoro disumano, 2020, pp. 57-58.

The resolution of the European Parliament of 15 June 2017 (2017/2003 (INI)) on a European agenda for the collaborative economy of which the main sectors are those of housing sharing and transport calls on Member States to guarantee adequate social security for self-employed workers, who are key players in the digital labor market. Further, it calls on the Member States to develop new protection mechanisms, where necessary, to ensure adequate coverage of online platform workers, non-discrimination, and gender equality as well as to share best practices at European level.

The "Council of Europe Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data" (Convention 108) had as its objective the protection of the right to respect for private life and is the only legally binding multilateral agreement in the field of the protection of personal data. With the Protocol amending the Convention on the protection of individuals about the automatic processing of personal data, done in Strasbourg on 10 October 2018, (10923/2018 – C8-0440/2018 – 2018/0238 - NLE) it is proposed to modernize and harmonize the mentioned Convention, to better address the challenges posed by the technological development in the field of privacy protection, as well as its application.

The Protocol establishes a solid and flexible multilateral legal framework, intended to facilitate the cross-border flow of data, while offering effective guarantees in case of use of personal data. Among the innovations introduced by the Protocol: the expansion of the categories of data known as "sensitive", which will now also include genetic and biometric data, those indicating membership of trade unions and ethnic origin; the obligation to notify the data breach; greater transparency regarding data processing; new rights of people with regard to decision-making processes based on algorithms, which take on particular relevance in the development of artificial intelligence; strengthening of the responsibility of data controllers and of the powers and independence of the authorities responsible for data protection data and legal bases necessary for international cooperation.

The Directive (EU) 2019/1152 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on transparent and predictable working conditions in the European Union (PE / 43/2019 / REV / 1), introduces new minimum rights and new information rules to be provided to workers with regard to their respective working conditions, pursuing the objective of responding to the new

challenges of the labor market about demographic developments, digitalization and new forms of work in order to make working conditions more transparent and predictable throughout the European Union.

The directive applies to all workers in the European Union who have a contract or an employment relationship as defined by law, by collective agreement or by the practices in force in each Member State, considering the case law of the Court of Justice of the EU. The employer must inform the workers in writing at the latest within one week from the first day of work, of the essential elements of the employment relationship. The directive recognizes a series of minimum rights in favor of workers with reference to the length of the probationary period, the possibility of accepting employment with other employers outside working hours, the adoption of all necessary measures to prevent practices abusive in on-call work, to the possibility of requesting one form of work with more predictable and safe conditions with six months of service, free training for the worker.

The Council Recommendation of 8 November 2019 on access to social protection for employed and self-employed (2019/C 387/01) defines objectives to protect new workers in the Member States, while fully respecting national systems. Although it is not legislative, this Recommendation can support Member States in adapting social protection systems, to make them more effective in protecting workers who - in the light of changes in the labor market - often remain without the minimum safeguards. With all these tools, the European Union intends to give some answers starting from the protection for forms of work, including those concerning the digital world.

Regarding to Latin America, the Brazilian General Data Protection Law (LGPD – Law n. 13.709) is the normative framework. The LGPD main concern is protect personal data, using the EU GDPR as a legal reference, despite the reality of the European Union and Brazil being completely different.

In the same direction of the EU GDPR, Brazilian's LGPD lists nine fundamental rights that data subjects have, which includes: the right to confirmation of the existence of the processing; the right to access the data; the right to correct incomplete, inaccurate or out-of-date data; the right to anonymize, block, or delete unnecessary or excessive data or data that is not being processed in compliance with the LGPD; the right to the portability of data to another service or product provider, by means of an express request; the right to delete

personal data processed with the consent of the data subject; the right to information about public and private entities with which the controller has shared data; the right to information about the possibility of denying consent and the consequences of such denial; and the right to revoke consent.

However, LGPD and the GDPR have different positions regarding the motivation for using a data subject's information, which includes "to protect credit", inserting a financial perspective into Brazilian data protection. LGPD was designed for the business sector and does not mention any relation between data and labor.

The legal framework for data protection in Brazil had always been developed based on its constitutional and Consumer Protection Code grounds, only for privacy provisions[47]. Therefore, the Brazilian legal regulation of data is still made in a privatistic and personal perspective, disregarding the epistemology of social rights.

5. CONCLUSIÓN

Based on what has been analyzed, it is necessary to look at the generation, treatment, and alteration of data to verify the results of the algorithmic analysis on which machine learning solutions are based. All these elements have a considerable social and economic impact and carry many social risks. For this reason, artificial intelligence needs to be regulated also by Labor Law to break the circuit of coloniality of power.

It must be an algorithmic governance done with responsibility, transparency, and awareness. Regarding to our data, it is important to stablish legal control to respect our privacy. However, the legal discourse cannot be only about privacy: algorithms play a central role in the world of work.

Jobs are becoming more precarious. The ILO Report on World Employment and Social Perspectives for 2020[48] informs us that 61% of the world's workers are informal. More than two billion workers perform activities that are

47 DONEDA, D., MENDES, L. Data Protection in Brazil: New Developments and Current Challenges in LEENES, R; GUTWIRTH, S. DE HERT, P. Reloading Data Protection Multidisciplinary Insights and Contemporary Challenges. Springer Dordrecht Heidelberg, London-New York, 2014, p. 3.

48 ILO. World Employment and Social Outlook: Trends 2020. International Labour Office. Geneva: 2020.

not protected by employment relationships[49]. In the three last decades, income inequality between workers from the South and from the North has increased. The Report also shows that the number of bodies that work and yet live in inhumane conditions is expected to increase in 2021[50].

Therefore, we should take these things into account as we think about policies and social movements for the future[51]. Innovation is only positive if it is involved in a process with stakeholders. In this negotiation process, Labor Law should have as its object heteromation, data extractivism and algorithms discrimination. "Negotiating the algorithm" is a primary goal for workers in data driven economy[52].

We must continue to protect work and its transformations, but also playing a political role to affirm a new social model capable of accompanying this mutation. In practice, we must think about forms of participation in the "design phases"[53], including rethinking Labor Law's epistemology through dissident lenses.

In that way, it is urgent also apply decoloniality of knowledge[54] in Labor Law, with the redefinition of the legal concept of work, time and value in data driven economy. The task of making coloniality in Labor Law be heard is not an easy one. Nonetheless, it is not enough to denounce the complicity of Labor Law with the logic of coloniality. Because decoloniality of knowledge, due to its radical nature, cannot be a theoretical whisper.

It is crucial to project the voice of legal decoloniality in Labor Law with the review of its epistemic subject. With non-translating the mercantile time as the only time that generates value. With the demystification that only those who perform productive work are entitled to a minimum income. With the application of the decolonial method in labor legal education. With the ecosys-

49 ILO. World Employment and Social Outlook: Trends 2020. International Labour Office. Geneva: 2020.

50 ILO. World Employment and Social Outlook: Trends 2020. International Labour Office. Geneva: 2020.

51 FACHIN Patricia, O trabalho digital é o ingrediente não secreto da inteligência artificial. Entrevista com Antonio Casilli, in IHU On-Line, 2021.

52 DE STEFANO Valerio, "Negotiating the algorithm": automation, artificial intelligence and labor protection, ILO Employment Working Paper, No. 246, 2018.

53 MANCINI, Chiara. "Contrattare l'algoritmo". Intervista a Landini, in Idea Diffusa, 2019.

54 MIGNOLO, Walter. Desobediencia epistémica: retórica de la modernidad, lógica de la colonialidad y gramática de la descolonialidad. Buenos Aires: Ediciones del Signo, 2010.

temic expansion of the concept of the work environment. With the critical reappropriation of techniques of data gathering and of bio-surveillance at work. With feminist intersectional strikes. Because we can no longer mimic the legal discourse of the modern/colonial system.

REFERENCES

ALOISI, Antonio; DE STEFANO, Valerio. Il tuo capo è un algoritmo: Contro il lavoro disumano, 2020.

CARRASCO, Cristina. O paradoxo do cuidado: necessário, porém invisível. In: VILELLA, Shirley; JÁCOMO, Márcia Larangeira (orgs.). Orçamentos sensíveis a gênero: conceitos. Brasília: ONU Mulheres, 2012.

COULDRY, Nick; MEJIAS, Ulises. The costs of connection: How Data Is Colonizing Human Life and Appropriating It for Capitalism. Stanford, California: Stanford University Press, 2019.

DE STEFANO Valerio, "Negotiating the algorithm": automation, artificial intelligence and labour protection, ILO Employment Working Paper, No. 246, 2018.

DONEDA, D., MENDES, L. Data Protection in Brazil: New Developments and Current Challenges in LEENES, R; GUTWIRTH, S. DE HERT, P. Reloading Data Protection Multidisciplinary Insights and Contemporary Challenges. Springer Dordrecht Heidelberg, London-New York, 2014.

EKBIA Hamid, NARDI Bonnie, Heteromation and its (dis) contents: The invisible division of labor between humans and machines, in "First Monday", Vol. 19, No. 6, 2014

EKBIA Hamid, NARDI Bonnie, Heteromation and other stories of computing and capitalism, MIT Press, 2017, pp. 1, 32, 34-35, 39

FACHIN Patricia, O trabalho digital é o ingrediente não secreto da inteligência artificial. Entrevista com Antonio Casilli, in IHU On-Line, 2021.

FAVARETTO, Maddalena; ELGER, Bernice Simone; CLERCQ, Eva De. "Big Data and discrimination: perils, promises and solutions: systematic review". Journal of Big Data, 2019/

GIUGNI, Gino. Diritto Sindacale. Bari: Cacucci Editore, 2008.

ILO. International Labour Organization. World Employment and Social Outlook: Trends 2020. International Labour Office. Geneva: 2020.

KIM, Pauline. "Data-Driven Discrimination at Work". William & Mary Law Review, Vol. 48, pp. 857-936, 2017

LUGONES, María. “Colonialidad y género”. Tabula Rasa. no .9, julho-dezembro. Bogotá, 2008, p. 75-101.

MANCINI, Chiara. “Contrattare l’algoritmo”. Intervista a Landini, in Idea Diffusa, 2019, pp. 1-2.

MANN, Monique, MATZNER, Tobias. “Challenging algorithmic profiling: The limits of data protection and anti-discrimination in responding to emergent discrimination”. Big Data & Society July–December 2019: p. 1–11;

MARX, Karl. O capital. [Livro I]. Crítica da economia política. O processo de produção do capital. São Paulo, Boitempo, 2ª edição, 2013.

MIGNOLO, Walter. Desobediencia epistémica: retórica de la modernidad, lógica de la colonialidad y gramática de la descolonialidad. Buenos Aires: Ediciones del Signo, 2010.

PIERANNI Simone, L’algoritmo manager ti licenzia per errore. E non puoi protestare, in “L’Espresso”, No. 14, 2021.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidad do poder, eurocentrismo e América Latina. In LANDER, Edgardo (org.). A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas. Buenos Aires: CLACSO, 2005.

SADOWSKI, Jathan. “When data is capital: Datafication, accumulation, and extraction”. Big Data & Society. June 2019: p. 1–12.

SILVA, Tarcízio. Racismo Algorítmico em Plataformas Digitais: microagressões e discriminação em código. In: SILVA, Tarcízio (org). Comunidades, Algoritmos e Ativismo Digitais: olhares afrodiaspóricos. São Paulo: LiteraRUA, 2020.

WILLIAMS, Betsy Anne; BROOKS, Catherine F; SHMARGAD, Yotm. “How Algorithms Discriminate Based on Data They Lack: Challenges, Solutions, and Policy Implications”. Journal of Information Policy, 2018, Vol. 8, p. 78-115;

ZHAO, Jieyu; WANG, Tianlu; ORDONEZ, Vicente; CHANG, Kai-Wei; YATSKAR, Mark. “Men Also Like Shopping: Reducing Gender Bias Amplification using Corpus-level Constraints”. Proceedings of the 2017 Conference on Empirical Methods in Natural Language Processing, pages 2979–2989. Copenhagen, Denmark, September 7–11, 2017

ZUBOFF Shoshana, Big other: Surveillance capitalism and the prospects of an information civilization, in “Journal of Information Technology”, Vol. 30, No. 1, 2015, pp 75-89.

EL TRABAJO EN LA INFORMALIDAD Y SU RELACIÓN CON LA VULNERABILIDAD FRENTE AL TRABAJO FORZOSO: UNA PERSPECTIVA DE LA SITUACIÓN PERUANA EN EL CONTEXTO DE LATINOAMÉRICA

LUIS MENDOZA LEGOAS

Magíster en relaciones industriales y de empleo por la Universidad de Turín y el Centro Internacional de Formación de la Organización Internacional del Trabajo (2018) Abogado titulado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (2010).

ABSTRACT: In this work, we seek to analyze the relationship between the concepts of labor informality, vulnerability and forced labor. Such analysis is presented in the context of the current pandemic, which has particularly hit the Latin America region, and within it, Peru. By focusing on available evidence on forced labor from some of the region's countries, we conclude that an upsize of the informal market could negatively affect decent work (in general) and also, disadvantaged groups.

In this scenario, we consider it appropriate to require effective social protection for those who are in danger of modern slavery. The State and trade unions (among other stakeholders) can promote the freedom of work through enhanced and coordinated measures.

KEYWORDS: informality, vulnerability, slavery.

Durante la pandemia del Covid-19, Perú, uno de los países más golpeados a nivel mundial por la crisis sanitaria, se convirtió en el cuarto país de América del Sur en aprobar la ratificación del Protocolo de la OIT sobre Trabajo Forzoso. Se plantea entonces un avance concreto en el plano jurídico-declarativo, que ahora debe ser puesto en marcha a fin de que las personas puedan gozar de tutelas y servicios que efectivicen estos derechos subjetivos, ya en el plano jurídico-real.

Esta situación no es baladí en un país como el Perú, donde el fenómeno de la informalidad laboral motiva grandes preocupaciones con respecto a la efectividad de los derechos laborales que el ordenamiento legal reconoce, pero que no alcanzan a ser efectivos en muchas relaciones laborales, ocultas por el manto de la informalidad laboral, que exonera a ciertos empleadores del cumplimiento de normas laborales y, entre ellas, ciertos derechos fundamentales en el trabajo, como es el caso de uno de los más fundamentales: la libertad de trabajo.

En 2017, un incendio en la zona comercial de Las Malvinas, en el centro de la capital peruana, ocasionó la muerte de dos jóvenes trabajadores que laboraban encerrados en un contenedor. El incendio ocasionó la muerte de estas dos personas, que perecieron carbonizadas sin que nadie pudiera rescatarles, pero la causa eficiente de sus muertes fue el que se encontrasen en situación de trabajo forzoso, en un entorno extensamente informal donde el Estado no ejercía un control efectivo. Esta situación, quizá habitual, pero invisivilizada,

motiva a reflexionar sobre el estado de la lucha contra el trabajo forzoso, el impulso hacia una transición de dinámicas informales a una formalidad laboral sostenible desde sus puntos de conexión evidentes, que cabe encontrar en la situación de vulnerabilidad en la que personas son obligadas a trabajar bajo condiciones degradantes.

En 2021, los segmentos poblacionales en mayor riesgo de caer en cadenas de explotación por trabajo forzoso se han visto desplazados del trabajo informal a la inactividad, viéndose amenazados principalmente los grupos más vulnerables. Un reciente estudio da cuenta de que durante los meses de confinamiento de 2020, las mujeres, las personas de menos años de escolaridad y el grupo etario de entre 15 y 24 años registran la mayor tasa de transición de la informalidad hacia la inactividad, encontrándose que, en Colombia y en Perú, las mujeres tienen más riesgo de quedan en condición de inactividad.[1]

En este trabajo, procuraremos explorar las relaciones actuales entre el concepto de informalidad, vulnerabilidad y el trabajo forzoso. La informalidad añade un contexto típico que fomenta el abuso sobre personas en situación de vulerabilidad, al dificultar el control sobre comportamientos contrarios a los derechos fundamentales, entre ellos, la libertad de trabajo. Y más cuando las situaciones de emergencia incrementan aun más la necesidad de protección social de las personas en situación de pobreza y vulnerabilidad, al amenazar directamente los medios de subsistencia.

I. EL TRABAJO FORZOSO: SU DEFINICIÓN Y LA SUBYACENCIA DE LA INFORMALIDAD LABORAL.

El concepto de "trabajo forzoso" presenta atributos complejos y podría aproximarnos a casos difíciles de calificación jurídica. Por ello, es útil definir al fenómeno y para ello utilizamos al Convenio núm. 29 de la OIT, que conceptúa al trabajo forzoso así: "todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente" (artículo 2.1). Como puede verse, hay tres elementos esenciales que se presentan copulativamente:

1 Acevedo, I., Castellani, F., Lotti, G. y Székely, M., Informalidad en los tiempos del COVID-19 en América Latina: implicaciones y opciones de amortiguamiento. Banco Interamericano de Desarrolllo. 2021, p. 17.

1.- En primer lugar, *el trabajo forzoso es un trabajo o servicio que se exige a un individuo*, por lo que puede subsumirse aquí a todas las prestaciones de servicios que se efectúan en el mercado de trabajo: trabajo asalariado o trabajo dependiente, trabajo formal o informal, trabajo ilegal o legal. Todos estos son binomios extrapolables al supuesto de hecho de esta norma jurídica y permiten atrapar a los casos, más allá del ropaje que la juridicidad atribuya a esa situación por la que uno está en posición de exigir de otro el desempeño de una cierta actividad.

Lo que queda por establecerse aquí es que la posición del que exige el servicio es una que, con todo, ejerce los atributos de un empleador en su faz organizativa, o, cuando menos, es capaz de estructurar medios de hecho para asegurarse que el desempeño del servicio se brinde bajo una forma que derrote la voluntad de quien efectuará la actividad.

Esta relación entre las partes contratantes no es una que se predique en un contexto permeable a la supervisión estatal. Ya la exigencia de la prestación del servicio adelanta que nos enfrentamos a un requerimiento que es relevante para la definición del trabajo forzoso no porque despliegue una facultad contractual, asunto mas bien común en las relaciones de empleo: lo es porque se produce en un contexto de sensación (a veces, certeza) de que quien demanda la actividad efectúa su requerimiento desde una impunidad fáctica.

Conforme con Tayler, la impunidad de hecho deriva de la debilidad de las instituciones y puede manifestarse en la pasividad de los gobiernos ante actos de afectación de los derechos fundamentales. En casos extremos —indica el autor— las víctimas y sus familiares, "paralizados por el temor y desalentados por la ausencia de instancias a las que acudir, se abstienen de reclamar sus derechos y denunciar los abusos".[2] Esta situación especial es pues, propia de relaciones de empleo informal, en las que .

2.- Luego, *el trabajador es objeto de la amenaza de sufrir una pena*, que en realidad puede perfectamente ser un comportamiento que actualmente ya está generando daños en la esfera de derechos subjetivos de la persona que trabaja o sobre su unidad familiar. Este elemento alude al método por el que el beneficiario de la prestación de servicio se beneficia de esta actividad y recae sobre una

2 Tayler, W., "La problemática de la impunidad y su tratamiento en las Naciones Unidas —notas para la reflexión—", Impunidad Revista IIDH, vol. 24, 1996, p. 194.

flexible definición de lo que se entiende por "pena". Así, resulta determinante que esa pena (o la amenaza de que ella se ejecute) baste para suprimir cualquier atisbo de resistencia del prestador, doblegándose así su voluntad.

Interesa apreciar en este punto al vínculo entre esa amenaza y la integridad psicológica del sujeto pasivo. El comportamiento reprochado está orientado a generar angustia o ansiedad por el daño que se percibe como inminente o ya un comportamiento sumiso frente a situaciones de abuso son registradas como correlato a este tipo de afectaciones a la dignidad humana. Por ello, el ser objeto de denuncia a una autoridad migratoria, la violencia física o verbal, la invocación a males sobrenaturales o la retención del salario pueden ser todas y cada una amenazas personalísimas y aptas para infundir el temor a una consecuencia indeseada. Con ello, se procura el resultado esperado por un empleador esclavista: que el trabajador obedezca, sin más.

Ahora bien, cabe reparar en el hecho de que la situación por la que un trabajador sufre una pena en el ámbito de la relación de trabajo no es una que, de ordinario, se produzca o, cuando menos, que se produzca sin consecuencias legales. Es preciso que esta persona se encuentre en una situación bien particular: una en la que el goce de derechos elementales como el acceso a la justicia, la libre sindicación ni la propia libertad de trabajo puedan ser ejercidos por falta de conocimiento de su invocabilidad o por ausencia de medios para hacer eficaces los derechos cuando ocurren actos que los deniegan, no pudiendo rehusarse a ejecutar órdenes o percibiendo que ciertamente no pueden hacero.

3.- Finalmente, se consuma un resultado: *el trabajo se desempeña coercionadamente*. Este elemento es el corolario de la conjugación de los dos anteriores. Por obvio que parezca, su consecución para el esclavista es importante no solo porque así se satisface su afán utilitarista, sino que al efectuarse la prestación en condiciones de abuso, la continuidad del trabajo en usuales condiciones precarizantes resta oportunidad, tiempo y energías a la víctima de poder.

En efecto, un estudio de la OIT ha confirmado que los sectores económicos donde el trabajo forzoso es frecuente, presenta, entre otras características, demanda de trabajadores poco o no cualificados que están dispuestos a someterse a pobres condiciones de trabajo.[3] De hecho, lo usual es que en estas situaciones de explotación el trabajo se preste bajo malas condiciones de salubridad y en

3 OIT, Ganancias y pobreza: aspectos económicos del trabajo forzoso. 2014, p. 6.

un tiempo de puesta a disposición excesivo son situaciones tan repetidas en el trabajo forzoso que se les tiene como indicadores presuntivos de la presencia de este flagelo social.

La libertad de trabajo es el bien sacrificado por la operación_emprendida por el mal empleador que, obtiene ingentes beneficios de la coacción desplegada sobre el trabajador. Si, como ha establecido la propia OIT en 2014, el uso del trabajo forzoso representa ganancias privadas de 150.000 millones de dólares al año,[4] debe tenerse por explicados los incentivos para que malos empleadores procedan de esta forma pluriofensiva sobre la dignidad humana y los derechos conexos que se ven negados en una situación análoga a la de la esclavitud.

A pesar de la claridad conceptual de la definición del C29 OIT, el trabajo forzoso haya realidad a través de dinámicas más difíciles de advertir, desde que la dominación y coacción incurren en mecanismos difíciles de asir para la institucionalidad del Derecho: bien porque se recurre a intrincados procedimientos de encadenamiento invisible, como es la servidumbre por deudas; bien porque la ocurrencia del fenómeno se produce lejos del ámbito de control estatal sobre las relaciones de trabajo. En este último aspecto, la dificultad se manifiesta en elementos de facto (porque ocurre en las lejanías geográficas de aserraderos o minas, por ejemplo) o, hasta, de *iure* (por producirse al amparo de la inviolabilidad del domicilio del empleador, en el caso del trabajo doméstico).

En el caso de la servidumbre por deudas, se ha destacado que es una práctica que se superpone con el amplio concepto de trabajo forzoso, de tal forma que "con el correr del tiempo, la OIT ha incluido la servidumbre por deudas en el ámbito del Convenio Nº 29".[5] La idea de la libertad de trabajo como bien jurídico negado por una situación de trabajo forzoso es, entonces, una que hay que apreciar de forma finalista. Bien puede existir afectación de la libertad de trabajo desde el inicio —como cuando se estructura el encadenamiento por deudas desde el momento de la contratación— o bien, existe deterioro de una relación de trabajo en donde se afectan derechos fundamentales de forma progresiva hasta que no queda rastro ya del trabajo decente (el caso sería el de la adopción de un crédito a título del cual se configure en el tiempo la servidumbre por deudas).

4 *Ibíd,* p. 4.

5 Weissbrodt, D., La abolición de la esclavitud y sus formas contemporáneas, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2002, p. 15.

II. UNA PERSPECTIVA JURÍDICA SOBRE LAS TRANSICIONES PRECARIAS A LA FORMALIZACIÓN Y LA NECESIDAD DE FORTALECER LOS PISOS DE PROTECCIÓN DURANTE (Y DESPUÉS DE) LA PANDEMIA

La pandemia ha tenido un efecto extremo en el mundo del trabajo por las inequidades existentes, pero entre estas, quizá las que afectan a la poblaciones resultan más gravemente expuestas a las inequidades resultantes de la discriminación estructural en el empleo que les aleja de la acción tutelar estatal o gremial, y les expone a malos empleadores.

Mientras que los efectos de la crisis sanitaria se hacían globales, su impacto más extendidamente se ha producido sobre quienes se encuentran en un segmento social globalizado, desprotegido, carecido de protección social, representación gremial y sin garantías respecto a sus ingresos, ni sobre su propio empleo ni sobre su empleabilidad. Esta clase es calificada por Standing como *precariado* y se compone por quienes que viven por debajo de los asalariados formales en empleos típicamente reclutados en grandes empresas y el empleo público, los obreros y los profesionales independientes. A diferencia de todos ellos, no intercambian su subordinación por protección social alguna.[6]

Los tradicionales enfoques de lucha contra la pobreza son, por ende, insuficientes para garantizar que quienes pertenecen a colectivos vulnerables puedan superar ese condicionante y gozar de derechos fundamentales en el trabajo. Como bien se ha anotado, los grupos vulnerables "pueden no estar bajo la línea de la pobreza, pero tienen niveles bajos de ingreso y están en riesgo de que el ciclo económico en un momento de desaceleración o un riesgo de enfermedad o de otra naturaleza los hunda en la pobreza".[7] Por ello, su situación hoy es incluso más urgente que antes de la pandemia.

Entonces, resulta pertinente proponer una tutela jurídica tendente a asegurar la atención de necesidades específicas de colectivos que hoy ciertamente pueden encontrarse fuera del radio de alcance de la intervención estatal en las relaciones de trabajo. En este asunto, la Sentencia de la Corte Suprema en el caso Hacienda Brasil Verde v.s. Brasil trae importantes avances en materia de la exigibilidad de prestaciones a los Estados. Además, como ha sido puesto en

6 *Vid.* Standing, G., The Precariat. The new dangerous class, 2011, pp. 7-10.

7 Salazar-Xirinachs, J. y Chacaltana, J., "La informalidad en América Latina y El Caribe: ¿Por qué persiste y cómo superarla?". En: Políticas de Formalización en América Latina. Avances y desafíos. OIT. 2018, p. 15.

relieve, un nuevo enfoque sobre la discriminación económica como categoría justiciable se abre paso desde ese precedente, a raíz del el voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor.[8]

a. El supuesto de hecho: ser sometido a condición de esclavitud en el mundo contemporáneo y durante la pandemia

Un problema que genera una necesidad específica de tutela es la de la posibilidad y hasta proclividad de que ciertos colectivos puedan verse explotados por trabajo forzoso. Por ejemplo, en el caso de la tala ilegal de la madera en la región amazónica compartida por Perú, Brasil y Colombia, se ha especulado que la condición de migrante dentro de la trayectoria vital de estas personas es tan sólo un factor de victimización, entre otras diversas situaciones. Igualmente, se ha propuesto que muchas de las víctimas de trabajo forzoso son bien conocedoras de las severas condiciones y riesgos del trabajo al que se enfrentarán.[9] Conforme con el estudio citado, los datos recogidos en la extracción maderera ilegal realizada en el espacio de triple frontera dejan ver que "una condición profunda de precariedad que no inicia ni termina con los períodos de trabajo forzoso, y que se asocian menos a la organización compleja de los reclutadores y más a la pobreza, la ausencia de oportunidades laborales y trabajo decente y a las severas condiciones de precariedad económica de la zona".[10]

En otra actividad económica ilegal donde se emplea trabajo forzoso, la minería ilegal del oro en la selva de Perú, una investigación de campo ha levantado que las motivaciones de los trabajadores para entrar a laborar en tales condiciones son principalmente que se encontraban sin trabajo o que ganaban muy poco,[11] factores que no aminoran, sino que se incrementan ante la presencia de una crisis de calado tan profundo como la actual.

El riesgo de verse involucrado en el trabajo forzoso no se ha matizado, tan solo se pueden haber mellado provisionalmente escenarios en los que tales

8 Así lo han destacado Bernal, M. y De Paz, I. "Migrantes y trabajo forzado: enfoque normativo en México y tendencias jurisprudenciales en cortes regionales", Ius. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla. Vol. 14, núm. 45, 2020, p. 222.

9 OIT. El trabajo forzoso en la extracción de madera: Un estudio en la triple frontera de Perú, Brasil y Colombia, Lima: Oficina de la OIT para los Países Andinos, 2018, p. 46.

10 *Op. Cit.*

11 Sanz, T., Caracterización de las condiciones de trabajo forzoso en la minería de oro en Madre de Dios y una aproximación a los factores de riesgo, 2015, p. 25.

actividades económicas se desempeñan, siempre que requieran de transitar la formalidad en algún tramo de la actividad produuctiva. Pero con el progresivo restablecimiento de las actividades económicas formales —en las que, podemos asumir, existe si quiera una teórica factibilidad de control estatal— permitiría al Estado a tomar acción en sentido tutelar.

Así, la OIT ha dado cuenta que, por ejemplo, niños provenientes de grupos marginados son los que se ven en mayor vulnerabilidad ante la crisis actual, corriendo un riesgo especial. Junto con ellos, las familias vulnerables que han perdido sus empleos en la economía informal y que requieren urgentemente de renta motivan a que, en contextos de economías informales, sea más probable la ocurrencia del trabajo forzoso.[12]

En este momento, cabe recordarse al Protocolo de 2014, que profundiza en medidas preventivas como la educación dirigida a personas vulnerables, empleadores, medidas de protección y acciones tendentes a abordar las causas del trabajo forzoso. Todo esto se complementa con una bien afirmada perspectiva victimológica que el instrumento cuida de establecer, garantizando que las víctimas rescatadas del trabajo forzoso no sean enjuiciadas ni sancionadas por haber participado en posibles actividades ilícitas (artículo 4.2).

Sin embargo, el Protocolo atraviesa una colosal puesta a prueba en la situación de la pandemia. A manera de ejemplo, se han registrado informaciones de trabajadoras del hogar sujetas a restricciones intolerables a la libertad de movimiento, hecho que, por ejemplo, ha ocurrido en España respecto de migrantes latinoamericanas;[13] y que también se ha encontrado en las grandes ciudades de la franja costera de Perú.[14] En México, 97.3% del total de trabajadoras del hogar se encuentran en la informalidad.[15] Todo este contexto añade dificultades a la ya complicada detección del trabajo forzoso y restitución de derechos de las víctimas.

La respuesta de los ordenamientos nacionales se ha ensayado desde la intervención, *última ratio*, de la ley penal, para sancionar con penas privativas de libertad a quienes someten a trabajo forzoso a otras personas, sea que las

12 OIT, El impacto del COVID-19 en el trabajo infantil y el trabajo forzoso: La respuesta del Programa de referencia IPEC+, 2020, p. 4.

13 BBC Mundo, Las latinoamericanas encerradas como prisioneras durante la pandemia en España. 2020. En: https://www.youtube.com/watch?v=OVL4DOiuFt8

14 OIT.

15 Félix, N., México y la crisis de la COVID-19 en el mundo del trabajo: respuestas y desafíos, OIT p. 17.

empleen o sea que intermedien los servicios de éstas ante empleadores inescrupulosos. También la sanción administrativa se ha previsto como desincentivo a esta práctica y, de forma comparada, puede apreciarse la importancia de alguna experiencia sindical.

b. Agentes relevantes en la lucha contra el trabajo forzoso y la informalidad.

Con todo, un esperable grupo de medidas que pueden tener incidencia en mitigar el riesgo de verse sometido al trabajo forzoso son aquellas dirigidas a garantizar que las víctimas de trabajo forzoso puedan obtener remedios efectivos que conjuren amenazas que se ciernen sobre sus derechos a la libertad de trabajo y dignidad humana. No debe olvidarse que aquí pueden reconocerse estratos sociales bien diferenciados: aquellas personas que pueden tener contacto con la formalidad, las instituciones y la tutela de los derechos; y otras que tienen impedimentos fácticos para hacer proteger sus derechos subjetivos o a veces siquiera para reconocer el contenido de sus derechos.

Así, la adecuación de la institucionalidad legal para atender la situación de poblaciones vulnerables debe ser sometida a una revisión crítica. Recordando a Cappeletti y Garth, sobre este particular, podemos decir que hoy sigue vigente su observación sobre la "importancia de los medios legales para que los derechos puedan ser ejercidos prácticamente",[16] cuestión que invita a profundizar en la distinta posibilidad de las personas de conocer sus derechos y de defenderlos en juicio.[17]

Pero este acceso a la justicia para poblaciones vulnerables no tiene que encuadrarse ni exclusiva ni principalmente en la facilitación del ejercicio del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. Siendo ese componente uno de muy importante valor, en relaciones de empleo tan degradantes cabe preguntarse si, en efecto, las víctimas y potenciales víctimas del trabajo forzoso están en condiciones materiales de conocer sus derechos y los mecanismos de reclamación existentes dentro de cada ordenamiento jurídico.

16 Cappeletti, M. y Garth, B., Acceso a la justicia. 1978, p. 22.

17 Sobre este particular se mencionan a las dificultades de ignorar que se tiene un derecho y las formas en las que se puede incoar una demanda ante la institucionalidad competente. Cappeletti, M. y Garth, B., *op. Cit,* pp. 31-33.

Por ello, por más que las legislaciones procesales pueden contemplar la legitimación amplia de sujetos que intervienen a nombre de las víctimas,[18] no se llega a concretar una respuesta significativa a este nivel. Así, se ha dado cuenta de que en México, a 2021, no existen casos relevantes sobre explotación laboral, en especial, de migrantes.[19] Por este motivo, es importante que esta acción tutelar se despliegue desde órganos que tengan permitido proceder de oficio y no dependan de la activación interesada del accionante.

Bajo esta aproximación, un servicio importante del Estado para hacer frente al trabajo forzoso es la inspección del trabajo. En efecto, la fiscalización laboral, que entre los países de América Latina cuenta con competencias para determinar relaciones de trabajo ocultas o encubiertas, puede operar también en la detección del trabajo forzoso. Un cuerpo de servidores, los inspectores de trabajo, están al servicio de la tutela de derechos fundamentales y proceden con amplias facultades para ejercer sus funciones respecto de los centros de trabajo, a cualquier hora y lugar y requerir al empleador documentaciones, pruebas, entre otros (esto conforme se prevé en el artículo 12 del Convenio Nº 81 de la OIT).

Con todo, el importante, pero insuficiente papel de la inspección tiene que ser tomado en cuenta, pues ni la infracción ni la pena administrativa restituyen a las víctimas de trabajo forzoso en el goce de sus derechos fundamentales. Como afirma Bueno, "en la mayoría de los países los inspectores carecen de mecanismos legales que les permitan obligar al empleador incumplidor, por ejemplo, a pagar los salarios o las diferencias salariales adeudadas, debiendo el trabajador acudir a los tribunales de justicia".[20]

La excepción ha sido Brasil, país donde, en 1995, se instituyó el Grupo Especial de Fiscalización Móvil para combatir el trabajo análogo a la esclavitud. Sin embargo, por efecto de la crisis presente, este país no ha sido ajeno a los recortes presupuestales para esta importante función que demanda la actuación planificada de los inspectores de trabajo. Así, para Brasil, 2020 fue el año con

18 Así, por ejemplo, lo hacen la Ley Nº 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo, art. 9º, punto 9.1, que reconoce en estos casos a una legitimidad extendida para demandar. De esta forma no solo es la víctima quien puede accionar ante el Poder Judicial en defensa de sus derechos, sino un sindicato, una organización sin fines de lucro solvente, la Defensoría del Pueblo o el Ministerio Público.

19 Bernal, M. y De Paz, I., *op. cit.,* p. 227.

20 Bueno, C., Inspecciones del Trabajo. En: Políticas de Formalización en América Latina. Avances y desafíos. OIT. 2018, p. 83.

el número más bajo de inspecciones laborales en materia de trabajo forzoso (apenas 59), representando el 36% de la media anual (de 164 fiscalizaciones).[21]

Mientras tanto, en Perú, la opción normativa ha sido la de reconocer la necesidad de una intervención conjunta entre la inspección del trabajo —también a través de un grupo especializado de inspectores, aunque con menores atribuciones y medios de hecho que el caso brasilero— y otros órganos estatales y hasta actores privados, como pueden ser organizaciones de trabajadores. Esta coordinación intersectorial es dispuesta por normas vinculantes para la inspección como para otras agencias públicas con incidencia en la atención de personas en situación de vulnerabilidad, como son los departamentos de salud, de la mujer o de empleabilidad, que se suman a la tradicional actuación punitiva de la policía y fiscalía.

No solamente es este ámbito uno donde la actividad sindical puede tener un aporte significativo en la lucha contra el trabajo forzoso. Antes de la pandemia, se han registrado experiencias positivas de participación sindical en el proceso de recuperación de las víctimas. A nivel internacional, se tiene noticia de participación sindical específicamente en el acompañamiento y asistencia a la víctimadurante los procesos de investigación y posteriores, dando aporte psicológico y social. También hubieron iniciativas para movilizar trabajadores migrantes a refugios gestionados por las organizaciones de trabajadores, con protección de la identidad de quienes eran rescatados de situaciones de trabajo forzoso. Finalmente, pueden citarse casos de promoción de asociaciones entre personas en riesgo de caer en trabajo forzoso y hasta sindicatos de personas rescatadas de situaciones de trabajo forzoso.[22]

Sin embargo, la baja tasa de cobertura sindical predominante en la región es una variable que también debe ser ponderada en este análisis. Si bien, de facto, resultaría altamente improbable que trabajadores en situación irregular puedan conformar una organización sindical (aunque las legislaciones reconocen esta posibilidad), la utilidad del sindicato para abordar los problemas más acuciantes que trae la informalidad no radicaría tanto en el ejercicio de la libre sindicación por los informales. Situaciones como el deterioro o abierta denegación del trabajo

21 Chaves, V. y Costa de Sá, E., *op. Cit.*

22 OIT, Prevención e identificación de trabajo forzoso. Guía de apoyo dirigida a organizaciones de trabajadores. 2021, p. 38-39.

decente pueden ser bien objeto de la acción sindical más allá del corsé de su uso frecuente y sinalagmático en el plano de las relaciones industriales.

Desde una perspectiva sindical, por ejemplo, se ha comentado la oportunidad de facilitar el crecimiento y desarrollo para hacer frente a los desafíos productivos de las empresas,[23] lo cual obedece a un ideario promovido desde la entrada en vigor del Protocolo por el que sustituye el Tratado de Libre Comercio de América del Norte por el Tratado entre Estados Unidos de América, los Estados Unidos Mexicanos y Canadá. No obstante, hacen falta voces que den cuenta del papel sindical en la lucha contra el trabajo forzoso. Precisamente, del acuerdo citado, como en otros instrumentos comerciales, se aprecia que existe una declaración enfática al llamado a respetar una material "eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio", junto con los otros cuatro principios y derechos fundamentales que se han declarado en el seno de la OIT desde 1998.

Junto con ello, graves dificultades para que las organizaciones de trabajadores logren desempeñar acción sindical es otro factor que se conjuga con las dificultades representativas. A duras penas se han registrado acciones de salvataje del núcleo de la todavía persistente afiliación sindical en casos donde la respuesta sindical ha sido la de organizar acciones humanitarias dirigidas a satisfacer las necesidades de sus propias bases, "a fin de mantener su relevancia frente a sus miembros y sus respectivas familias".[24]

c. Covid-19 e inadecuación de las respuestas estatales de cara a grupos vulnerables específicos

La respuesta de muchos países latinoamericanos al inicio de la pandemia fue la de adoptar severas medidas de aislamiento social obligatorio, lo que generó tensiones al restringirse el dinamismo de muchas actividades económicas, hasta que progresivamente su reactivación prevaleció, muy a pesar de que se registren altas en el número de contagios durante y después de aquellos retornos de tales actividades.

En el empleo, se apreció una marcada contracción, conforme muchos analistas han descrito. Pero dentro de aquella apreciación panorámica, cabe

23 Martínez, A., "Sindicatos: ¿aliados o enemigos ante la pandemia?", Forbes México, edición digital del 28 de setiembre de 2020.

24 OIT, Análisis de tendencias mundiales sobre el papel de los sindicatos en tiempos de COVID-19. Resumen de los hallazgos principales. 2020, p. 17.

distinguir a la situación de emprendimientos en situación más precaria, como puede ser el caso de las micro y pequeñas empresas y el segmento informal de la economía (ámbitos que conviene distinguir, para estos efectos, en tanto a su interacción con la economía formal antes que con una estática "permanencia" en tal formalidad). Algunos países ensayaron fórmulas de reducción de costos laborales, registrándose a este segmento empresarial como prioritario.[25] No es una preocupación menor si se toma en cuenta el hecho de que las ramas de actividad donde participan micro y pequeñas empresas se encuentran entre las más afectadas por la pandemia, pudiendo afectarse gravemente el trabajo asalariado.[26]

Por otro lado, en Perú y en Colombia se han visto respuestas semejantes en cuanto al desinterés del gobierno por reconocer la importante participación que tienen las empresas de menor dimensión en sus mercados de trabajo. Mientras que en Perú se ha apreciado una delegación al sector financiero para que este, bajo sus particulares criterios, determine qué empresas serían beneficiarias de las ayudas estatales, en Colombia se aprecia que las ayudas económicas fueron dirigidas directamente a los grandes sectores empresariales y a la propia banca.[27]

Estas respuestas, sin perjuicio de otras ocurrencias presentadas en los países examinados, dan cuenta de un enfoque generalista al problema del empleo en la pandemia y que se puede subsumir en la idea de que los subsidios permitirán salvar la crisis o, al menos, a paliar sus efectos. Pero, la condicionalidad subyacente de tales otorgamientos es una cierta formalidad, bancarización y otros comportamientos que ni en tiempo común ni durante la pandemia son predicables dentro del segmento informal, ni mucho menos, respecto de poblaciones vulnerables.[28]

---

25 Montt, G., Ordóñez, F., Silva, L. y Velasco, J., Chile. Impacto de la COVID-19 sobre los mercados de trabajo y la generación de ingresos. OIT, 2020, p. 6.

26 Ernst, C., López, E., Pizzicannella, M., Rojo, S., Romero, C., Covid-19 y el mercado de trabajo en Argentina: El reto de luchar contra la pandemia y su impacto socioeconómico en un tiempo de desafíos económicos serios pp. 4-5.

27 Luna-García, J. y Torres-Tovar, M., "2020: Pandemia por Covid-19 y mundo del trabajo: una mirada desde los sectores subalternos". Laboreal Vol. 16, núm. 2, 2020, p. 5.

28 Así, se ha observado que "Los déficits de bancarización suman complejidad para el enfoque de e-gobierno en general y de e-formalidad en particular. En la región, a pesar de sus avances aún persisten rezagos: mientras en países como Brasil solo uno de cada diez adultos no posee una cuenta bancaria, en México la proporción es de uno de cada cinco adultos. Esta variabilidad en el acceso podría ser compensada con cuentas móviles, cuya presencia es muy incipiente en la región. La prevalencia de los pagos en efectivo en lugar de digitalizados restringe las capacidades de los Gobiernos para mejorar la eficiencia y reducir la corrupción". Chacaltana, J., Leung, V., Ruiz, C. y Vezza, Evelyn. "¿Pueden ayudar las nuevas tecnologías a la transición a la formalidad?: e-formalidad". En: Políticas de Formalización en América Latina. Avances y desafíos. OIT. 2018, p. 199.

De otro lado, los países han concedido transferencias no condicionados a grupos vulnerables para asistir a tales familias en la carestía originada por la pandemia, la pérdida de empleos y las severas restricciones a varias actividades económicas. Estos pagos, idealmente complementarios a esquemas de protección social, pero en algunos casos, sustitutos ante su virtual ausencia, han alcanzado a trabajadores informales, independientes y hasta asalariados.[29]

La crisis generada ha vuelto a traer a la preocupación por una genuina exacerbación del riesgo de trabajo forzoso y de trabajo infantil,[30] dos males que suelen ser conjuntivamente invocados, pero que conviene distinguir con nitidez: el "trabajo infantil" —que en rigor alude al trabajo prematuro— agrupa al trabajo de los infantes y al de los adolescentes que no está autorizado. En cambio, el "trabajo forzoso" supone la afectación a la libertad de trabajo —y, por conexidad, a todos los derechos fundamentales que se gozan en la relación de empleo.

A pesar del consenso que pudieran generar la erradicación del trabajo forzoso y del trabajo infantil, no puede omitirse el que el manto de la informalidad y, a veces, de la ilegalidad, perturba la percepción social sobre el fenómeno y —en ocasiones también— sobre las víctimas. La criminalización y ocultamiento de ciertas actividades contrarias a una moral dominante, por ejemplo, han acentuado la gravedad de ciertos colectivos. Es el caso de la prostitución, ámbito de precariedad social con una hiper-representación femenina.

Otro segmento que adolece de protección social y que típicamente es captado por cadenas de explotación laboral es el de a población migrante, fenómeno que exhibe a la vulnerabilidad como causa de origen del desplazamiento y elemento muchas veces persistente en el Estado receptor. En América Latina, las brechas entre los migrantes y los nativos en materia de cobertura en la seguridad social es alta, siendo más desfavorable aún la comparación en lo que respecta a migrantes mujeres.[31] No extraña, entonces, que sean los migrantes —y, en categorías de actividad económica identificables, *las* migrantes— quienes padezcan más gravemente de la ausencia de derechos en el trabajo.

29 Por ejemplo, en Chile, estos pagos fueron otorgados a personas y familias que no están cubiertas por el seguro de cesantía. Montt, G. *et al.*, *op. cit.,* p. 3.

30 OIT, *op. Cit.* 2020, p. 2.

31 CEPAL y OIT, Coyuntura Laboral en América Latina y el Caribe. La inmigración laboral en América Latina. 2017, p. 26.

Pero también, en este panorama, debemos dar cuenta de la migración interna, en el que la pertenencia a una comunidad indígena, el tener de un idioma natal distinto al utilizado en la región receptora o la ciudad pueden ser factores que agravan la discriminación que padece la potencial víctima de trabajo forzoso.

Y es que la migración contemporánea dista de aquel ideal de integración —no exenta de dificultades— a una sociedad que acoge a nuevos ciudadanos. Como bien ha anotado G. Standing, a muchos migrantes se les niega de facto la condición de ciudadano en general y la condición de la *ciudadanía ocupacional*, que alude al impedimento de ejercer la profesión. En términos del autor, pueden ser desechados impunemente, pues la institucionalidad frente a ellos está para sancionarles, criminalizarles y hasta deportarles.[32]

Otro elemento importante a considerarse es la precaria situación de los migrantes en los corredores regionales de las Américas, donde los Estados nacionales no alcanzan una efectividad satisfactoria a la hora de hacer cumplir leyes e instrumentos de política pública que enuncian una protección a quienes migran. Peor aún, un velo de clandestinidad recubre estas dinámicas, en la que a menudo participan tanto los victimarios como gran parte ed las víctimas del trabajo forzoso, que pueden asumir que las autoridades son agentes punitivos o hasta posibles reclutadores.[33]

En ese tipo de entornos, prácticas como el secuestro de los documentos de identidad se extienden, desvaneciéndose la ciudadanía social y laboral desde un desviado ejercicio del poder privado. Se ha relatado, por ejemplo, cómo muchas trabajadoras migrantes que ingresan irregularmente a un nuevo país son especialmente vulnerables a las prácticas análogas a la esclavitud.

Muy a pesar de que los problemas comentados vienen de antigüo, la respuesta estatal en materia de lucha contra el trabajo forzoso no ha logrado ser satisfactoria. Por ejemplo, respecto de Perú, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, en su labor de supervisión, ha efectuado algunas observaciones sobre el estado del cumplimiento de los convenios núm. 29 y 182 de la OIT en este año. Así, tomándose nota de reformas normativas para mejorar los tipos penales existentes (aspecto valorado positivamente por la Comisión) y la sinergia entre diversos organismos guber-

32 Standing, G., *op. Cit.,* p. 96.
33 OIT, *Op. Cit.* 2018, p. 50.

namentales que intervienen con lógica sectorial sobre las realidades donde se ha registrado la presencia del trabajo forzoso (sectores informales como el del trabajo doméstico, la minería del oro y la tala de la madera), se han advertido también inconvenientes persistentes.

La ausencia de registro del trabajo forzoso es un problema que ha sido determinado por el órgano de aplicación de la OIT. Esto entronca con el carácter elementalmente informal del entorno en el que el trabajo forzoso se produce. Con la observación de la Comisión, se ha puesto en relieve la necesidad de que se construya información estadística fiable para dimensionar adecuadamente al problema del trabajo forzoso en el país, para luego poder responder con medidas efectivas.

d. Necesidad de afirmar los esquemas de protección social ante la crisis

Se ha valorado negativamente a la respuesta del Estado para atender la situación de poblaciones específicas, postergadas a sectores económicos pobres y desprotegidos con menor accesibilidad a trabajos remunerados, con derechos laborales y sujetos a la informalidad.[34] En el caso de las mujeres colombianas, se ha indicado que la precarización del empleo les ha llevado a poblar los puestos de trabajo peor cualificados,[35] agravándose así su situación.

Otra línea de acción pudiera encontrarse en la ruptura del dualismo funcional entre la formalidad e informalidad, que parece legitimar respuestas institucionales por las que la intervención estatal renuncia al segundo segmento. Por el contrario, es esperable que una intervención sinérgica entre distintas agencias estatales y actores de la sociedad civil permita una apreciación más consciente de los riesgos de caer en el trabajo forzoso al aproximarse —cada quien desde sus respectivas funciones y propósitos— a las cadenas de valor en las que la actividad humana, sirve recordarlo, no puede ser tratada como una mera mercancía.

En términos comparativos, se ha afirmado que los sistemas de seguridad social en Latinoamérica parecen haber funcionado "como una red de protección social eficaz durante el período de contracción económica".[36] Aunque esta no sea una situación verificable en todos los casos —en Perú, por ejemplo,

34 Ramírez, M. E., "El Tribunal de los DESC de las mujeres en Colombia. Una experiencia de exigibilidad de nuestros derechos", El Otro Derecho, núm. 35, 2006, p. 257-258.

35 *Ibíd.*

36 Acevedo, I. *et al., op. Cit,* p. 29.

dicha valoración podría ser discutida en materia pensional como sanitaria— sí permite reconocer un efecto importante: una seguridad social que se extiende "horizontalmente", ampliando la base poblacional que accede a pisos de protección social; y que "verticalmente" añade mayores niveles de protección es un revulsivo para la transición a la economía formal.[37] Por ende, podemos asumir que la ampliación de la seguridad social puede generar un impacto positivo en la lucha contra el trabajo forzoso al generar dinámicas de formalización más sostenibles que permiten a las personas gozar de prestaciones efectivas en materia de salud y pensional.

A pesar de las dificultades experimentadas en el presente, el acceso efectivo a servicios sanitarios y la protección de la renta de los trabajadores es una inversión consistente con el modelo de Estado Social que los países reconocen en sus constituciones. En el plano de la política pública, esta inversión puede generar permanencia de emprendimientos (y de las personas) en la esfera de la formalidad. Conforme se ha subrayado, a largo plazo, un enfoque inclusivo de la seguridad social fomenta mejoras estructurales en la situación de quienes se encuentran en situación de vulnerabilidad, al poder brindárseles servicios que mejoren su salud, su rendimiento educativo, el desarrollo comunitario y hasta productivo.[38]

Sin duda, esta es una cuestión asaz compleja en un entorno donde, en promedio, los recursos tributarios percibidos representan, en promedio, apenas las dos terceras partes de la carga tributaria de la OCDE, recaen principalmente sobre ciertas personas jurídicas y no sobre las personas físicas, por lo que se ha apuntado la urgente necesidad de reformas en la política y adminisrtación tributaria.[39] Esto permitiría un aumento de los recursos percibidos y una orientación efectiva de los impuestos para garantizar una mejor distribución del ingreso, sin dejar de lado la lucha contra la evasión y la informalidad contributiva.

Perú exhibe, por ejemplo, un Seguro Integral de Salud diseñado bajo un esquema no contributivo para atender la situación de la población vulnerable en situación de pobreza y extrema pobreza. Su ámbito subjetiva desde ya incorpora

37 Ideas estas tomadas de la presentación de Behrendt, C., Extender la protección social y la formalización (Academia sobre la transición a la economía formal). Centro Internacional de Formación de la OIT, 2018.

38 *Ibíd.*

39 Bertranou, F. y Casalí, P., "Transición a la formalidad y protección social", Políticas de Formalización en América Latina. Avances y desafíos, OIT. 2018, pp 175-176.

en teoría a muchas personas en riesgo de caer en trabajo forzoso y a víctimas actuales de este mal, pero es preciso que su ampliación a ámbitos informales se intensifique pues como bien se ha anotado, los grupos vulnerables no necesariamente están debajo de la línea de pobreza. En contraposición, experiencias contributivas como el *Regime de segurado especial* en Brasil o el programa de extensión de la cobertura de seguridad social para los productores de azúcar y sus empleados temporales en México promueven la formalización en el ámbito rural, ampliándose la cobertura de la seguridad social para cuentapropistas (primer caso) y para asalariados (segundo caso).[40]

Resulta preciso que la extensión de la seguridad social se practique sobre la base de atributos que se echan de menos en los actuales sistemas. Piénsese, por ejemplo, en los miembros de comunidades indígenas que, ante la ausencia de esquemas de protección social, deciden aventurarse en trabajos con magras condiciones de empleabilidad decente (incluso a sabiendas). Otro ejemplo citable es el del hallazgo en la zona sur del Perú de un número de trabajadores que tenían conocimiento de una buena medida de las condiciones duras de trabajo en la que serían enrolados, con la importante excepción de los descuentos al salario que se practicarían,[41] lo que remite a la figura de la servidumbre por deudas. Esta cuestión retrata bien la situación de necesidad experimentada por quienes van a poner a disposición su fuerza de trabajo a un explotador, situación que no se daría, por lo menos con la misma frecuencia, si la protección social cumpliese con ser, efectivamente, universal.

En soporte a esta especulación puede citarse al caso de la reversión (parcial) de las altas tasas de participación de adultos mayores en el mercado de trabajo cuando los sistemas de seguridad social mejoran su cobertura, como ha ocurrido en el Brasil.[42] Por esto, debemos coincidir con Bertranou y Casalí cuando apuntan a la necesidad de que los miembros de comunidades rurales sean beneficiados por sistemas de protección que reconozcan las características del mundo del trabajo que ellos habitan y que está definido por el trabajo de temporada, la estacionalidad de los ingresos y la ausencia de presencia estatal.[43]

40 *Ibíd.* p. 185.
41 Sanz, T., *op. Cit.,* p. 26.
42 Bertranou, F. y Casalí, P., o*p. Cit.,* p. 185
43 *Ibíd.*

En suma, ante el desafío de la continuidad de las políticas públicas trazadas en los países para formalizar el empleo irregular durante y después de la pandemia, cabe esperarse una respuesta que ponga en marcha sistemas de protección social institucionalizada desde la seguridad social y desde la propia agenda sindical. Este es un componente indisponible entre las medidas de política social necesarias para atender situaciones urgentes como las revisadas en este trabajo. Lima, 15 de julio de 2021.

TRABAJADORES INFORMALES: EL TRABAJO AUTÓNOMO EN EL PERÚ

FIORELLA PEYRONE VILLACORTA

Abogada por la Universidad Nacional de Trujillo. Magister en Derecho de Trabajo y Seguridad Social por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asociada fundadora de la Sección Peruana de Jóvenes Juristas de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

ABSTRACT: Through this work, it is sought to analyze the problem of self-employment in the country from a holistic perspective, so that, from this, some ideas aimed at solving it are erected.

KEYWORDS: Self-employment, economically active population, self-employed.

I. INTRODUCCIÓN

En la actualidad, la tendencia mundial en lo que refiere a las nuevas tecnologías y la naturaleza del trabajo hacen que las modalidades no tradicionales de trabajo vayan en aumento; como es el caso del trabajo independiente y a través de plataformas digitales[1]; no obstante, previo a este nuevo sistema laboral ya se contaba en el país con la población económicamente activa ocupada (PEAO) en el empleo informal que representaba el 56.1% en el 2017 y que en la gran mayoría es de baja productividad y se caracteriza por su precariedad. En dicha población se encuentran aquellos quienes califican como "trabajadores autónomos", de acuerdo a la definición de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), término que si bien se encuentra citado en diversas normas nacionales, carece de contenido conceptual lo cual representa una primera limitación para que el Estado cumpla con su obligación de respetar y garantizar mediante acciones afirmativas el derecho al trabajado decente de esta población.

En tal sentido, mediante el presente trabajo se busca analizar desde una perspectiva holística la problemática del trabajo autónomo en el país a fin de ensayar algunas ideas a un problema complejo que se agudiza con las prácticas del mercado laboral actual.

II. CONSIDERACIONES GENERALES

De acuerdo a la OIT, "el empleo informal comprende el número total de empleos informales, ya sea en empresas del sector formal, empresas del sector

1 BANCO INTERMERICANO DE DESARROLLO. (2020). Seguridad social para todos, una lección del coronavirus. https://blogs.iadb.org/trabajo/es/seguridad-social-para-todos-una-leccion-del-coronavirus/

informal, o en hogares, durante el periodo de referencia". Bajo esta definición, se forman tres grupos de trabajadores según condición de empleo informal: (i) empleo informal *dentro* del sector informal, (ii) empleo informal *fuera* del sector informal, y (iii) empleo formal[2].

Cabe recordar que la economía informal tiene dos dimensiones distintas y a la vez complementarias: el sector y el empleo. El sector informal se refiere a las unidades productivas no constituidas en sociedad que no se encuentran registradas en la administración tributaria del Perú (Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria-SUNAT). El empleo informal hace referencia a aquellos empleos que no gozan de beneficios estipulados por ley como seguridad social, gratificaciones, vacaciones pagadas, etc.[3]

Es necesario señalar que el sector informal no solo representa una muy importante proporción de la fuerza de trabajo en el país, sino que las unidades de producción informales también están muy extendidas pues 90% de los conductores de dichas unidades no están registradas ante SUNAT y absorben una importante proporción de la mano de obra que solo representa menos de la décima parte del valor agregado nacional[4].

En el estudio ¿Es la informalidad una opción voluntaria o la última alternativa de empleo en el *Perú?*, Mario Tello[7] concluye que ella constituye una última alternativa de empleo. Es decir que, el empleoen el sector informal, mayoritariamente, no es resultado del ejercicio de una opción o una vía de escape ante la bruma de trámites o de costos que supondría la formalidad. Ello significa que, quien se agrega a la estadística del empleo informal lo hace porque no le queda otra alternativa que insertarse en dicho espacio del mercado laboral para agenciarse de un ingreso[5].

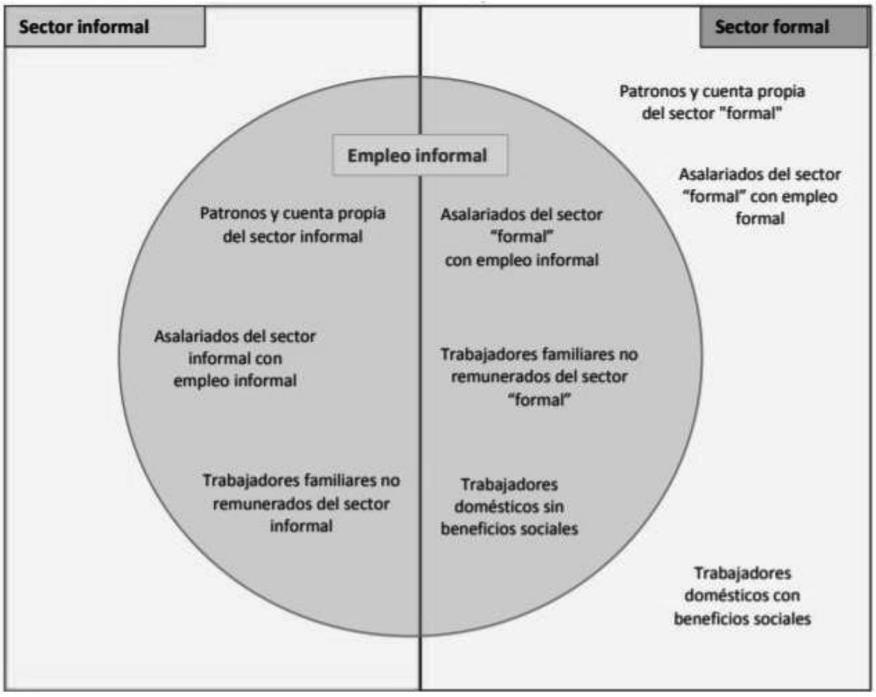
2 MINISTERIO DEL TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO. (2018). Informe anual de la mujer en el mercado anual. Recuperado de: https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/471959/Informe_Anual_de_la_Mujer_2018.pdf

3 INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA E INFORMÁTICA. (2017). Producción y empleo informal en el Perú. Cuenta satélite de la economía informal 2007-2017. Recuperado de: https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1589/libro.pdf

4 RODRIGUEZ, José e HIGA, Minoru. (2010). Documento de economía N° 282. Informalidad, empleo y productividad en el Perú. Recuperado de: https://files.pucp.education/departamento/economia/DDD282.pdf

5 TELLO, Mario. (2015) ¿Es la informalidad una opción voluntaria o la última alternativa de empleo en el Perú? Recuperado de http://files.pucp.edu.pe/departamento/economia/Presentación-¿Es-la-informalidad-una-opción-Voluntaria...-Mario-Tello-30-oct- 2015.pdf

GRAFICO N° 1
POBLACIÓN ECONÓMICAMENTE ACTIVA OCUPADA, SEGÚN CONDICIÓN DE EMPLEO INFORMAL



Fuente: INEI (2017)

Así, dentro del grupo del empleo informal *dentro* del sector informal, encontramos a quienes realizan trabajo autónomo, esto es a los patronos que tienen una empresa no constituida en sociedad y a los trabajadores por cuenta propia o independientes, a los asalariados del sector informal con empleo informaly a los trabajadores familiares no remunerados del sector informal.

En el año 2017, el sector informal en el país estaba conformado por 7 millones 148 mil unidades productivas. La producción del sector informal representó el 18,6% del Producto Bruto Interno. Casi tres de cada cuatro trabajadores de la PEAO se desempeñaban en un empleo informal (72,5%). El 56,1% lo hacía en un empleo informal dentro del sector informal y 16,5% en un empleo informal fuera del sector informal[6].

6 MINISTERIO DEL TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO. (2018). Revista de trabajo N° 18. Formalización Laboral. Igualdad Salarial. Recuperado de: https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/304075/REVISTA_DE_TRABAJO_FINAL_CORREGIDA 1_.pdf

Asimismo, el 57,7% de los trabajadores independientes son hombres y el restante, 42,3% mujeres[7].

En el año 2018, las mujeres representaban una tasa de empleo informal que superaba el 70% en todos los años del periodo 2008-2018 y que era consistentemente mayor que la tasa registrada para los hombres. Para las mujeres entre 18 y 45 años, tener mayor número de hijos se relaciona con tasa de empleo informal más alta, la cual llega a 70,2% para las que tienen un solo hijo y aumenta a 86,3% para aquellas que tienen de tres hijos a más. La tasa más baja tasa fue más baja para las mujeres que no tienen hijos con 64,7%.

III. ¿PRECARIEDAD?

Las diferencias en la productividad media del trabajo entre el sector informal y el formal es muy grande y, lo que es más preocupante es que los ingresos que genera el sector informal no son mucho más que el equivalente una remuneración mínima[8] vital que en el país asciende a S/ 930.00 (Novecientos y treinta y 00/100 Soles) equivalente a $ 227.51 (Doscientos veinte y siete y 51/100 Dólares americanos).

Así, se advierte la precariedad en el trabajo autónomo en el Perú debido a la poca productividad de la mayoría de las actividades realizadas por estos, dado que el 60% de los negocios emprendidos por independientes no profesionales se llevan a cabo en las calles (venta ambulatoria), en sus viviendas o enel domicilio de sus clientes[9], lo cual genera escasos ingresos. En el año 2013, solo el 12.3% contaba conun seguro de salud y un poco más del 10% se encontraba afiliado a un sistema de pensiones[10].

---

7 INSTITUTO NACIONAL DE ESTADISTICA E INFORMATICA. (2018) https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1589/libro.pdf

8 INSTITUTO NACIONAL DE ESTADISTICA E INFORMATICA. (2017). Perfil de Trabajador Independiente. Recuperado de: https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1537/cap11.pdf . Que recibe el trabajador con periodicidad mensual.

9 RODRIGUEZ, José e HIGA, Minoru. (2010). Documento de economía N° 282. Informalidad, empleo y productividad en el Perú. Recuperado de: https://files.pucp.education/departamento/economia/DDD282.pdf

10 SÁNCHEZ, Christian. (2013). El trabajo autónomo en el Perú. Recuperado de: http://trabajoysociedad.blogspot.com/2013/12/la-realidad-del-trabajo-autonomo-en- el.html#:~:text=%2D%20A%20partir%20de%20la%20informaci%C3%B3n,social%20y%20han%20iniciado%20su

IV. TRABAJADOR AUTÓNOMO

La OIT ha buscado la forma de estipular la definición del trabajador informal y, las características básicas que promuevan la protección del trabajador informal por parte de los diferentes Estados y sus instituciones, sin discriminación del sexo del trabajador: "En el ámbito de la Organización Internacional del Trabajo, para englobar todas esas dimensiones del trabajo, así como las responsabilidades que las mismas comportan para el Estado, se ha desarrollado del concepto de trabajo decente (...). Se formula como un objetivo general: se trata de "promover oportunidades para que los hombres y las mujeres puedan conseguir un trabajo decente y productivo en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad humana."[11]

Para la OIT "este concepto debe orientarse hacia los cuatro objetivos estratégicos de esa organización, que son: a) la promoción de los derechos laborales; b) la promoción del empleo; c) la protección social contra las situaciones de vulnerabilidad, y d) el fomento del diálogo social[12]. Así, para dicha organización, los trabajadores autónomos están constituidos por "aquellos trabajadores independientes que no tienen asalariados a su cargo, es decir dependen de ellos mismos y de trabajadores familiares no remunerados para generar sus ingresos, y por aquellos empleadores, propietarios de empresas no constituidas en sociedad, que crean trabajo para ellos mismos y otras personas, entre ellos los trabajadores permanentes y ocasionales, los trabajadores familiares no remunerados y los aprendices" .

En consecuencia, el universo del trabajo autónomo se limita a: (i) trabajadores independientes que no tienen asalariados a su cargo y, (ii) aquellas empresas no constituidas en sociedad con las características descritas en el párrafo anterior, lo cual permite distinguir al empleador autónomo del empleador que constituye una empresa en sociedad, incluyendo un aspecto de informalidad al empleador autónomo.

A diferencia de otros países de la región, el Perú no cuenta con una definición regulada sobre el trabajo autónomo en los términos descritos por la OIT.

---

11 RUBIO, María Viviana (2014). El trabajo informal en Colombia e impacto en América Latina. Observatorio Laboral Revista Venezolana, vol. 7, núm. 13, enero-junio, 2014, pp. 23-40. Recuperado 16 de junio de 2021. https://www.redalyc.org/pdf/2190/219030399002.pdf?fbclid=IwAR1nKybFDgQzeJtq1DZrOsa40j5Q3l9EIUYnQnlOxLDAFgrxN8DNCKFUJJ8

12 Ibid.

No obstante, se cuenta con algunas normas que hacen referencia al trabajo y al empleo autónomo, tales como el Decreto Supremo N° 005-91-TR, por el que se reconoce al trabajador ambulante la calidad jurídica de "trabajador autónomo ambulatorio" y el Decreto Supremo N° 002-97-TR, Ley de Formación y Promoción Laboral, mediante el cual se promueve expresamente el empleo autónomo a través de formas asociativas decididas por trabajadores subordinados que deseen constituir empresas al concluir su vínculo laboral, citándose incluso modalidades empresariales para tal fin. Asimismo, se cuenta con regulación sobre seguridad y salud en el trabajo[13] que hace expresa referencia al trabajador autónomo.

De modo tal que, se cuenta con regulación sobre los trabajadores autónomos ambulatorios y los ex trabajadores subordinados que optan por formar alguna modalidad empresarial de fomento al empleo autónomo conforme a lo dispuesto en el Decreto Supremo N° 002-97-TR siempre queno haya sido constituida en sociedad; así como al trabajador autónomo para el ámbito de la seguridad y salud y salud en el trabajo; no obstante, en ninguno de los casos se desarrolla su contenido.

Cabe mencionar que la Decisión 584, Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo de la Comunidad Andina de Naciones[14], norma supranacional que se encuentra incorporada al ordenamiento jurídico peruano, hace referencia a los "trabajadores independientes o por cuenta propia".

13 Ley N° 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo:
"Artículo 2: Ámbito de aplicación
La presente Ley es aplicable a todos los sectores económicos y de servicios; comprende a todos los empleadores y los trabajadores bajo el régimen laboral de la actividad privada en todo el territorio nacional (…) trabajadores por cuenta propia." Reglamento de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo: *"Artículo 2: En aplicación del principio de prevención, se entienden incluidos dentro del ámbito de aplicación a que se refiere el artículo 2 de la Ley, a toda persona bajo modalidad formativa y a los trabajadores autónomos (…)"* "Glosario RLSST Trabajador: Toda persona que desempeña una actividad laboral subordinada o autónoma, para un empleador privado o para el Estado." Plan Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo 2017-2021 aprobado mediante Decreto Supremo N° 005-2017-TR: *"Beneficios indirectos: Trabajadores de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú, Trabajadores por cuenta propia (…)".*

14 Decisión 584 CAN:
"Artículo 1.- A los fines de esta Decisión, las expresiones que se indican a continuación tendrán los significados que para cada una de ellas se señalan: (…). b) Trabajador: Toda persona que desempeña una actividad laboral por cuenta ajena remunerada, incluidos los trabajadores independientes o por cuenta propia y los trabajadores de las instituciones públicas."

1. Regulación normativa

Nuestra Constitución reconoce que toda persona tiene derecho a trabajar libremente con sujeción a ley, garantiza el derecho a la salud y a la seguridad social[15].

Es importante mencionar que el derecho a trabajar "comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado"[16] y al mismo tiempo, el trabajo es una actividad útil de las personas que les permite producir bienes y servicios para satisfacer sus necesidades personales y sociales, creando a la vez valores materiales y espirituales[17]. Por consiguiente, el derecho al trabajo no se circunscribe solamente al trabajo a sueldo o a lo que se conoce como empleo, pues abarca todas las actividades humanas que le permiten a las personas "ganarse" la vida. Lo anterior significa que una concepción amplia del derecho al trabajo incluye el realizado tanto por los trabajadores independientes o que desarrollan labores por cuenta propia, como el de los trabajadores que prestan sus servicios a un empleador bajo la modalidad de un contrato de trabajo. En efecto, el derecho al trabajo se puede ejercitar por cuenta propia o en relación de dependencia[18].

En síntesis, el derecho al trabajo busca la participación en el mercado laboral de todas las personas que quieran trabajar, lo que supone la distribución del trabajo de una manera que permita la participación de todos en la economía, de

15 *"Artículo 2.- Toda persona tiene Derecho:*
Numeral 1.- A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y físicay a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de Derecho en todocuanto la favorezca. (…)
Numeral 15. A trabajar libremente, con sujeción a ley. (…)Artículo 10.- Derecho a la Seguridad Social
El Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda personal a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida. (…)

Artículo 22.- El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar socialy un medio de realización de la persona. (…)

Artículo 23.- El Estado y el Trabajo (…)
El Estado promueve condiciones para el progreso social y económico, en especial mediante políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo."

16 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

17 Akmal Saidov. El derecho al trabajo: Hacia una observación general sobre el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Documento de antecedentes presentado al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales el día de debate general sobre el artículo 6 del Pacto, 24 de noviembre de 2003. E/C.12/2003/10. Página 2.

18 https://www.corteidh.or.cr/tablas/r26115.pdf

acuerdo con el nivel de educación, la capacitación, el acceso a los recursos y las preferencias de la persona en cuanto al modo de ganarse la vida[19]. Para satisfacer plenamente este derecho no basta con tener un trabajo u ocupación; también resulta necesario que ese trabajo sea digno, es decir lo que la OIT denomina "trabajo decente", que es un concepto que busca expresar lo que debería ser, en el mundo globalizado, un buen trabajo o un empleo digno. No es decente el trabajo que se realiza sin respeto a los principios y derechos laborales fundamentales, ni el que no permite un ingreso justo y proporcional al esfuerzo realizado, sin discriminación de género o de cualquier otro tipo, ni el que se lleva a cabo sin protección social, ni aquel que excluye el diálogo social y el tripartismo.[20]

Siendo ello así, es una responsabilidad del Estado garantizar con acciones afirmativas el derecho al trabajo de los trabajadores autónomos en los que se supere la precariedad expuesta en el numeral IV de este documento y garantizando derechos mínimos tales como la seguridad social, la seguridad y salud en el trabajo.

El derecho a la seguridad social ha sido definido como el conjunto de actividades de la sociedad, para prevenir los riesgos sociales y reparar sus efectos, integrados en un sistema de políticas, normas, administración, procedimientos y técnicas que se conforma por prestaciones de salud y pensiones[21] y que debido a que en el país este derecho es contributivo, está previsto que sea otorgado solamente a los trabajadores subordinados, lo cual implica una limitación al acceso de este derecho por parte de quienes realizan trabajo autónomo.

En lo que respecta al derecho a la seguridad y salud en el trabajo, es un derecho humano que tiene su sostén en el derecho a la vida, integridad personal, a la salud, en el concepto de trabajo decente erigido por la OIT, se precisa que la legislación interna garantiza este derecho para los trabajadores autónomos; no obstante, no se han regulado las acciones concretas para tal fin a excepción de los "repartidores independientes" de plataformas digitales o aplicativos delivery,

19 International Human Rights Internship Program y Asian Forum for Human Rights and Development (Forum-Asia). Círculo de Derechos, una herramienta de entrenamiento para el activismo en defensa de los derechos económicos, sociales y culturales. IHRIP y Forum Asia, 2000, página 207.

20 OIT. https://www.ilo.org/americas/sala-de-prensa/WCMS_LIM_653_SP/lang--es/index.htm

21 MELENDEZ, Willman. "El derecho a la seguridad social y a la libertad de acceso a la salud y pensiones". Recuperado el 22 de agosto 2021. Disponible en: http://www.trabajo.gob.pe/boletin/documentos/boletin_19/doc_boletin_19_02.pdf

pues como respuesta a la Pandemia del Covid 19, se promulgó la Resolución Ministerial N° 163-2020- PRODUCE, mediante la cual se aprobó el Protocolo Sanitario de Operación, en materia de servicio de entrega a domicilio (delivery)[22].

Sobre este particular, cabe destacar que, en el marco del derecho comparado, Australia y Nueva Zelandia han ampliado la cobertura de la seguridad y salud en el trabajo a todos los trabajadores. En Brasil, un fallo judicial ha extendido las normas jurídicas en materia de seguridad y salud a los trabajadores de las plataformas[23].

Al respecto, importa señalar que el derecho al trabajo, a la seguridad y salud en el trabajo y a la seguridad social son derechos humanos reconocidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) y que, desde 1950 se viene señalando la indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos como estándar a tomar en cuenta en el cumplimiento de los Derechos Económicos Sociales y Culturales (DESC). Éste tiene como fundamento el respeto a la dignidad humana, entendida como la necesidad de dotar al ser humano de lascondiciones básicas para permitir su libertad de elección y acción. Se precisa que el derecho a la progresividad de los DESC, reconocido en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos tiene dos obligaciones de naturaleza autoaplicativa que los Estados deben satisfacer: (i) la adopción inmediata de medidas (progresivas o no) y (ii) la incorporación del mandato de no discriminacióndurante el diseño y aplicación de dichas medidas[24].

En la línea de lo expuesto, los derechos citados deben ser interpretados "ampliamente, sin limitación alguna", y reconocer que alberga a cada uno de los DESC que hacen frente a las constantes amenazas que acechan al individuo, por lo que es tiempo de buscar los mecanismos para su protección y plena efectividad[25].

22 "6.1. Definiciones operativas: Repartidores Independientes: Personas naturales afiliadas a un Aplicativo de Delivery que prestan el servicio de delivery."

23 CANOVA, Karla y otra "Plataformas digitales: Avances y retrocesos. Panorama en el derecho comparado". Pág 20. Revista Caplae.2021.

24 BREGAGLIO, Renata. (2010). La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales desde una concepción dinámica y evolutiva de la progresividad, indivisibilidad e interdependencia: más allá de los tratados. Recuperado de: http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/1589/BREGAGLIO_LAZARTE_RENATA_JUSTICIABILIDAD.pdf?sequence=1&isAllowed=y

25 BOBBIO, Nolberto "El tiempo de los derechos". Editorial Sistema, Madrid 1991, p. 61.

2. Productividad

Los trabajadores autónomos que son empleadores o tienen empresas no constituidas en sociedad, suelen tener baja productividad e ingresos bajos debido, entre otros factores, al escaso acceso a tecnología y a créditos del sistema financiero.

La precariedad que caracteriza a quienes realizan trabajo autónomo en el país se encuentra vinculada a la escasa productividad de sus labores, motivo por el cual resulta necesario *repensar*: *¿Cómo se podría lograr que el trabajo autónomo sea productivo?*

Para responder la interrogante planteada, resulta necesario precisar que la productividad laboral se definecomo la producción promedio por trabajador en un período de tiempo. Puede ser medido en volumen físicoo en términos de valor (precio por volumen) de los bienes y servicios producidos[26].

En consecuencia, los trabajadores autónomos podrían ser más productivos si los bienes y/o servicios queproducen, son valorados por el mercado. Siendo ello así, es claro que, para el logro de dicho objetivo, es necesario que el Estado implemente una serie de acciones encaminadas a la productividad del trabajo autónomo, lo cual podría coadyuvar a reducir la precarización identificada y, naturalmente, redundaría en un efecto positivo para la economía del país.

Cabe recordar que en el artículo 33 de la Carta de la OEA se reconoció que "el desarrollo es responsabilidad primordial de cada país y debe constituir un proceso integral y continuo para la creación de un orden económico y social justo que permita y contribuya a la plena realización de la persona humana"[27] y siempre considerando que el desarrollo económico debe realizarse en condiciones de respetoa los derechos humanos[28]. En tal sentido, el Estado a través de la administración como gestora pública debe asumir el deber de "promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo

26 INSTITUTO PERUANO DE ECONOMÍA. (2016). Productividad Laboral. Recuperado de: https://www.ipe.org.pe/portal/productividad-laboral/#:~:text=La%20productividad%20laboral%20se%20define,los%20bienes%20y%20servicios%20producidos.

27 Carta de la OEA. Capitulo VII, Artículo 33º. El capítulo in comento corresponde a las normas económicas, sociales y sobreeducación, ciencia y cultura.

28 CIDH, Informe sobre situación de Pueblos Indígenas en el Ecuador 1997. Sobre indigencia y acceso a la justicia.

integral y equilibrado de la Nación"[29]. Ello en concordancia con el artículo 26 de la Convención Americanasobre Derechos Humanos, que señala que: los Estados se comprometen a adoptar providencias, a nivel interno mediante la cooperación internacional especialmente económica y técnica para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, socialessobre educación, ciencia y cultura.[30]

En atención a ello, es claro que las normas internacionales sobre derechos humanos exigen al Estado queadopte acciones afirmativas a fin de garantizar el derecho al desarrollo, dentro de las cuales se podría considerar, porejemplo, la implementación de mecanismos idóneos para promover la productividad de quienes realizan trabajo autónomo en el país.

Dentro de dichos mecanismos que fomenten la productividad del trabajo autónomo, podría considerarse la implementación de programas que pueden ir desde la formación (educación básica y superior) la que debería estar dirigida a ofrecer talento no solo para la realidad industrial y con énfasis en habilidades blandas como el manejo de la incetidumbre[31], campañas comunicacionales para el fomento de la productividad hasta procesos de transición para la prestación del servicio en el sector formal, por citar algunos ejemplos.

V. REFLEXIONES FINALES

Aun cuando las causas que generan el trabajo autónomo en el país pueden ser complejas y no necesariamente voluntarias, lo cierto es que es una alternativa de empleo usada por una proporción significativa de la PEAO del país (que según la tendencia mundial iría en ascenso), de modo tal que el sistema laboral actual debe afrontar un giro copernicano acorde al nuevo mercado laboral que ya no es únicamente industrial, sino digital y en base a economía colaborativa, por lo cual se debiera empezar por dotar de contenido al concepto de "trabajadores autónomos" que se refiere en la normativa nacional siguiendo la definición descrita por la OIT, así como regular y establecer mecanismos concretos a fin de garantizar derechos mínimos como el derecho al trabajo, seguridad y salud en el trabajo y seguridad social.

29 Tribunal Constitucional del Perú. (2005) Expediente Nº 0048-2004-PI/TC

30 BOBBIO, Nolberto «El tiempo de los derechos». Editorial Sistema, Madrid 1991, p. 61.

31 https://blogs.iadb.org/trabajo/es/habra-empresas-en-el-futuro-del-trabajo-del-modelo-industrial-a-las-plataformas-digitales/

Dentro de dichos mecanismos se podrían considerar Políticas públicas responsables desde la perspectiva del "paternalismo libertario" que erige la economía del comportamiento expuesta por Richard Thaler; quien sostiene que, si bien el Estado asume un rol protagónico, se permite a las personas tomar decisiones considerando mecanismos alicientes para que adopten comportamientos que les beneficiaran.

Asimismo, el Estado podría ensayar acciones donde se puedan tomar riesgos inteligentes y a una escala que permitan romper paradigmas y estructuras heredadas, promoviendo políticas de ingresos dignos, digitalizando la administración para facilitar el pago de impuestos por parte de los trabajadores independientes, así como adaptar las estadísticas de empleo para reflejar esta realidad[32], por citar algunos ejemplos. Dichas políticas, además debieran considerar el enfoque de género e ir acompañada de una potente campaña de sensibilización y formación.

VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARBAIZA Fermini, Lydia

2016 *Dirección de recursos humanos: el factor humano*, Lima, Universidad Esan, 273 pp.

ARCE Ortíz, Elmer

2012 "La tutela laboral de los derechos fundamentales del trabajador. Una asignatura pendienteen tiempos de reforma". En: *Revista Derecho PUCP*. Lima Fondo Editorial PUCP. No. 68. pp. 435 – 448.

BANCO INTERMERICANO DE DESARROLLO

2020 Seguridad social para todos, una lección del coronavirus

Recuperado de: https://blogs.iadb.org/trabajo/es/seguridad-social-para-todos-una-leccion-del-coronavirus/

BREGAGLIO, Renata

2010 La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales desde una concepcióndinámica y evolutiva de la progresividad, indivisibilidad e interdependencia: más allá de lostratados

Recuperado de: http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/1589/BREGAGLIO_LA ZARTE_RENATA_JUSTICIABILIDAD.pdf?sequence=1&isAllowed=y

32 Ibíd.

BOBBIO, Nolberto

1991 «El tiempo de los derechos». Editorial Sistema, Madrid 1991, p. 61.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

1997 Informe sobre situación de Pueblos Indígenas en el Ecuador. Sobre indigencia y acceso ala justicia.

Recuperado de: http://www.uasb.edu.ec/documents/62017/1434654/Informe+sobre+los+Derechos+de+los+Pueblos+Ind%C3%ADgenas+en+el+Ecuador.pdf/

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA E INFORMÁTICA

2017 Producción y empleo informal en el Perú. Cuenta satélite de la economía informal 2007-2017.

Recuperado de: https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1589/libro.p df

Perfil de Trabajador IndependienteRecuperado de: https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1537/cap11. pdf

INSTITUTO PERUANO DE ECONOMÍA

2016 Productividad laboral

Recuperado de:https://www.ipe.org.pe/portal/productividad-laboral/#:~:text=La%20productividad%20laboral%20se%20define,los%20bienes%20y%20 servicios%20producidos

MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO

2003 Boletín de economía laboral

Recuperado de: http://www.mintra.gob.pe/archivos/file/estadisticas/peel/bel/Bel26.pdf

2018 Revista de trabajo N° 18. Formalización Laboral. Igualdad Salarial.

Recuperado de: https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/304075/REVISTA_DE_TRABAJO_FINAL_ CORREGIDA_1_.pdf

Informe anual de la mujer en el mercado anualRecuperado de:https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/471959/Informe_Anual_de_la_Mujer_20 18.pdf

RODRIGUEZ, José e HIGA, Minoru

2010 Documento de economía N° 282. Informalidad, empleo y productividad en el Perú Recuperado de: https://files.pucp.education/departamento/economia/DDD282.pdf

SAAVEDRA, Renzo

2011 Deconstruyendo al homo economicus: una revisión conductual de un paradigma del lawand economics. IUS ET VERITAS, 21(42), 54-85. Recuperado de http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12082

SÁNCHEZ, Christian

2013 El trabajo autónomo en el Perú

Recuperado de: http://trabajoysociedad.blogspot.com/2013/12/la-realidad-del-trabajo- autonomo-en- el.html#:~:text=%2D%20A%20partir%20de%20la%20informaci%C3%B3n,social%20y%20 han%20iniciado%20su

TELLO, Mario

2015 ¿Es la informalidad una opción voluntaria o la última alternativa de empleo en elPerú?

Recuperado de http://files.pucp.edu.pe/departamento/economia/Presentación-¿Es-la-informalidad-una-opción-Voluntaria...-Mario-Tello-30-oct-2015.pdf

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ.

2005 Expediente Nº 0048-2004-PI/TCRecuperado de:

https://www.tc.gob.pe/tc/private/adjuntos/cec/gaceta/gaceta/normativas/00048-2004- AI.html

IGUALDAD EN EL TRABAJO

EQUALITY AT WORK

LA NORMA 198 Y LA JURIDICIDAD DE LOS PRINCIPIOS DE PROGRESIVIDAD E INTERACCIÓN EN LA PROTECCIÓN DEL TRABAJO EN LA POST MODERNIDAD

IVAN RAMIRO CAMPERO VILLALBA

Presidente Internacional de la AIDTSS

ABSTRACT: In the light of ILO standard 198, a new protection scenario inherent to labor protection is established, although the fundamental protective principle in its intrinsic and formative variables, new the substantial elements of the quantitative legal nature of the labor relationship , the qualitative and the best and greatest protection, is written based on the principle of progressiveness and interaction of Labor Rights, it is based on this fundamental description, that the standard 198 of the ILO is assumed, the same, in addition to being protective progressive, profiles us towards a dense conceptual category, so we can understand at present that the induction of states to carry out national policies aimed at avoiding fraud and labor simulation as a legal link is important in its effect on the principles of progressivity and interaction.

KEYWORDS: ILO standard 198, labor protection, principles of progressivity and interaction.

I. EL PRINCIPIO DE INTERPRETACIÓN EXPANSIVA O PROGRESIVA

Consiste en que la interpretación de las normas que consagran los derechos humanos laborales, sean internacionales o nacionales, deberá ser desarrollada en sentido amplio y no restrictivo de manera tal que permita el mayor y efectivo goce, así como el logro de una mayor protección de los derechos humanos.

Este principio tiene su fundamento en el hecho de que los derechos humanos, además de ser exigibles y oponibles al Estado, son progresivos y expansivos; pues no debe olvidarse que la realidad social es dinámica porque la humanidad es cambiante, por ello las necesidades de la persona también cambian de forma permanente, lo que hace que a través del tiempo surja la necesidad de reconocer y consagrar nuevos derechos humanos; empero, la dinámica legislativa no siempre está acorde con ese ritmo acelerado del cambio social, por lo tanto será el intérprete quien reconozca los nuevos derechos humanos extrayendo las normas implícitas que consignan los tratados, pactos o convenciones internacionales o la Constitución y leyes nacionales; así, por ejemplo, del derecho a la privacidad o la vida íntima, por vía de interpretación expansiva o progresiva se extraiga el derecho a la "libertad de autodeterminación informativa". Ello no implica que el intérprete defina el contenido de los derechos humanos o reconozca alguno nuevo con el único criterio de su propia discrecionalidad, al contrario desarrollará su labor sobre la base de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, así como el Derecho Constitucional de los Derechos Humanos.

Este principio, si bien no está expresamente previsto en las normas convencionales, se puede inferir de una interpretación contextualizada de las normas previstas por los arts. 5.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 5 del Pacto Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 26, 29 y 31 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Sobre el particular, el ex Juez de la Corte Interamericana Rodolfo E. Piza Escalante, en su voto separado expresado en Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984, sostuvo lo siguiente: "(..), tanto los principios de interpretación consagrados por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, como los resultantes del artículo 29 de la Convención Americana, correctamente entendidos sobre todo a la luz del Derecho de los Derechos Humanos, fundamentan la aplicación de criterios de interpretación e inclusive de integración principistas, finalistas y extensivos en orden a la mayor protección de los derechos consagrados (..) Esos criterios apuntan también a la necesidad de interpretar e integrar cada norma de la Convención utilizando los principios yacentes, o subyacentes o suprayacentes en otros instrumentos internacionales, en los propios ordenamientos internos y en las tendencias vigentes en materia de derechos humanos, todos los cuales se encuentran en alguna medida incorporados a la Convención misma por virtud del citado artículo 29, cuya amplitud innovadora no tiene parangón en ningún otro documento internacional." Partiendo de esas premisas concluyó señalando que "(..) los derechos humanos son, además de exigibles, progresivos y expansivos, caracteres estos que imponen una actitud interpretativa consecuente y, por ende, la necesidad de considerar en cada caso, no sólo el sentido y alcances de las propias normas interpretadas, en su texto literal, sino también su potencialidad de crecimiento, a mi juicio convertida en derecho legislado por los artículos 2 y 26 de la Convención Americana, entre otros instrumentos internacionales sobre la materia; el primero, para todos los derechos; el segundo, en función de los llamados derechos económicos, sociales y culturales**".**

En definitiva, este principio implica que el intérprete, al desarrollar su labor hermenéutica, cuando se encuentre en una situación en la que una norma internacional o nacional presenta diversas interpretaciones deberá preferir la que posibilite expandir el contenido esencial del derecho humano, por lo mismo permita su mayor y efectivo goce; desde otra perspectiva, deberá optar por aquella interpretación que restrinja en menor escala al derecho humano en juego.

1. El principio de la interacción

Consiste en la interpretación de los derechos humanos laborales que deba ser desarrollada en aplicación interactiva de las normas previstas tanto en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (Derecho externo o supranacional) que los consagran, cuanto de las normas del Derecho Constitucional de los Derechos Humanos (Derecho interno) que los positivan como derechos fundamentales; de manera que el intérprete debe efectivizar los derechos humanos aplicando, conforme corresponda, las normas del Derecho Internacional si éstas ofrecen mayores perspectivas y posibilidades para ello, o en su caso las normas del Derecho Nacional, complementariamente, si éstas son mejores que las normas internacionales para lograr el goce efectivo de los derechos humanos, o para la protección efectiva de los mismos.

Es importante recordar que en materia de derechos humanos existen dos fuentes; de un lado, las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos; y, de otro, las normas del Derecho Constitucional de los Derechos Humanos, es decir, las normas previstas por la Constitución interna de cada Estado. Ante esa realidad, la interpretación de los derechos humanos debe ser desarrollada de manera interactiva, de tal manera que se logre una complementación entre ambas fuentes, en una suerte de retroalimentación permanente entre el derecho interno y el derecho internacional.

La aplicación de este principio ha dado lugar a que un sector de la doctrina sustente la tesis llamada del estándar máximo, lo que significa que en la jurisdicción del sistema regional de protección de los derechos humanos, los ciudadanos de cualquier Estado de la región parte del sistema pueden gozar de los derechos y garantías de que disponen los nacionales del Estado más protector dentro del sistema; dicha postura, a decir del profesor Néstor Pedro Sagués[1], si bien es harto sugestiva, no parece del todo convincente, ya que el cupo máximo de derechos de una persona dependería así de la voluntad de un solo Estado (el más generoso). Según el profesor Sagüés, bien podría ocurrir, en este punto, que esa cuota de derecho, explicable en una nación en virtud de su idiosincrasia o desarrollo cultural y económico, bien podría ser la no adecuada (no razonable, no conveniente en términos de bien común), en otros Estados de la misma agrupación regional.

1 Sagüés, Néstor. Op. Cit. Pág. 38.

Las reflexiones referidas deben ser tomadas en cuenta para no llevar el principio de la interacción en la interpretación de los derechos humanos hacia posiciones maximalistas como la del estándar máximo. Este principio debe ser empleado en su verdadera esencia para lograr un mayor y efectivo goce de los derechos humanos por las personas, a cuyo efecto el intérprete internacional no debe ignorar las normas del Derecho Interno del nacional cuyo caso es sometido a su jurisdicción, si estas ofrecen mayores márgenes de expansión o de protección del derecho; de su parte el intérprete nacional, no debe ignorar las normas del Derecho Internacional si éstas ofrecen mayores posibilidades de una protección efectiva o el mayor goce de los derechos humanos de la persona cuyo caso ha sido sometido a su jurisdicción.

II. INTERPRETACIÓN JURÍDICA Y CONSTITUCIONAL

A) Interpretación jurídica

En general la interpretación es un camino "para aplicar la norma general y abstracta a los casos concretos y particulares que son, en definitiva, los que interesa resolver," Este proceso tiene dos fases:

a) **FASE FORMAL**: Una destinada a determinar el sentido y alcance de la norma, es decir, su verdadero significado. Esta es una fase formal cuyo propósito se limita a descubrir el contenido de la norma.

En la interpretación formal de la norma a decir de Rodríguez Grez, se recurre a las siguientes formas de interpretación:

- Sentido literal: La norma debe interpretarse cuando es oscura en su sentido literal, dando a las palabras su sentido, las mismas que pueden ser de uso corriente, de uso legal o tener un carácter técnico.
- Elemento histórico: Es la reconstrucción del proceso formativo de la norma, en esta forma de interpretación no sólo se tomará en cuenta su gestación sino también las circunstancias históricas en las que fue elaborada.
- Elemento lógico: Difiere del anterior, porque este recurre a la intención, espíritu de la norma. Acá se trata de "descubrir la armonía entre el texto de la norma y su propósito e intención..."

- Elemento basado en el espíritu general de la legislación: Todo ordenamiento jurídico está basado en principios generales del derecho, estos principios son los que inspiran al sistema normativo, lo que implica un conocimiento profundo del mismo.
- Elemento de equidad: "Es un sentido intuitivo de la justicia aplicada a un caso o situación concreta, con prescindencia del derecho positivo."

b) FASE SUSTANCIAL: Esta fase de la interpretación está destinada a extraer de la norma general una norma particular que es la que se usa para calificar el caso concreto que debe resolver el derecho, esta es una fase sustancial cuyo propósito, una vez conocido el exacto significado de la norma, consiste en extraer de "la misma una regla particular que derive tan coherentemente de aquella que no exista contradicción alguna entre una y otra (antecedente y derivado). " De esa coherencia emerge la validez de la norma particular, derivada o concreta.

En la fase sustancial de la interpretación se tienen los siguientes criterios:

- Criterio de coherencia lógica: El ordenamiento jurídico tiene dos características. Es jerarquizado y derivado, lo que obliga al intérprete a encontrar una unidad lógica entre la norma de mayor jerarquía y la regla derivada.
- Criterio de coherencia axiológica o teleológica: La interpretación teológica se dirige "a la finalidad de la ley, a la realización de su voluntad, a la ejecución de los valores que ella encierra y, en último término, a la defensa de los intereses que resguarda."
- Criterio de coherencia orgánica: Tanto la norma general como la particular están relacionadas entre ambas de tal manera, "que entre ellas hay una perfecta unidad en lo concerniente a la estructura formal del ordenamiento jurídico." Este criterio cuenta con algunos elementos auxiliares como ser: la armonización entre normas generales y normas especiales; las excepciones son de derecho estricto, vale decir, a las excepciones hay que darles una aplicación restrictiva, circunscrita a la situación específicamente señalada por ley; cuando la ley no distingue no es dable al in-

térprete distinguir, vale decir, si la norma no formula ninguna excepción, el intérprete no puede generar estas excepciones al deducir la norma particular; la irretroactividad es de derecho estricto; quien puede lo más puede lo menos; lo favorable u odioso de una disposición no influye en la determinación de su extensión interpretativa; y la exclusión de lo absurdo.

- Criterio de coherencia jurisprudencial: Este criterio no proporciona directamente un elemento destinado a extraer de la norma general la norma concreta y particular. Este "criterio más bien mira la necesaria coherencia que es dable exigir en las decisiones de la autoridad llamada a interpretar." (23) Empero si la norma con el correr del tiempo adquiere una voluntad propia, que le permite evolucionar, modernizarse y por lo tanto renovarse, el criterio del juez no puede petrificarse en su labor interpretativa.

  El criterio jurisprudencial en suma es un criterio auxiliar, que sirve para uniformizar la interpretación sin alterar las atribuciones del intérprete.

  Fase sustancial de la interpretación cuando no existe norma fundante:

  Sucede que no siempre existe una norma que se refiera específicamente a la cuestión planteada, por lo que se está ante una "laguna legal "que debe interpretarse de acuerdo a los siguientes criterios:

- Criterio de coherencia analógica: Esto es "la búsqueda de una norma que, sin referirse a la situación planteada, contenga elementos comunes." En otras palabras encontrar una norma que sin resolver la situación de que se trata resuelva otra situación semejante o parecida.
- Criterio de coherencia global: Este criterio está fundado en los principios generales del derecho. De ahí que el Juez pronunciará su decisión con arreglo a estos principios generales.
- Criterio de coherencia en la equidad: Si el intérprete no encuentra una norma análoga debe recurrir y aplicar el principio de equidad natural, que como se tiene dicho es una expresión de una intuición de justicia.

c) **CRITERIO CONCLUSIVO**: A partir de esta descripción el intérprete deberá aplicar la norma general y mediante ella resolver una situación particular, para lo cual deberá seguir algunos pasos, a saber:

Frente a un problema específico, ubicar la norma o normas generales que tratan la materia, puede darse el caso que no exista una norma para el efecto. Se interpreta la norma en su fase formal.

En esta etapa se pasa a la fase sustancial, donde el intérprete extraerá una regla particular, referida al caso específico y que resuelva en concreto el caso sometido a su decisión. Pronunciará su decisión con arreglo a esta norma, la que jurídicamente tendrá validez. Estas cuatro etapas son sucesivas, complementarias y destinadas a un mismo fin.

d) **INTERPRETACIÓN CON FUERZA OBLIGATORIA:** La pregunta que surge acá es quién interpreta la norma con autoridad. "la interpretación corresponde al legislador, al juez, a la autoridad administrativa y a los particulares mediante una convención jurídicamente obligatoria." Todos ellos en su interpretación le dan el valor jurídico a su determinación lo que quiere decir que tiene, esa interpretación, fuerza obligatoria. Cada uno lo hace a través de diferentes instrumentos:

a. El legislador a través de la ley.

b. El Juez a través de su sentencia.

c. La autoridad pública a través de sus decretos o resoluciones.

d. Los particulares a través de sus contratos y convenciones.

B. Interpretación constituciónal

A decir del constitucionalista Néstor Pedro Sagues "a la Constitución la puede interpretar todo el mundo: legisladores, ministros, partidos políticos, simples particulares, grandes corporaciones, litigantes, sindicatos, el Defensor del Pueblo, los integrantes del Ministerio Público, las comunidades regionales, etc. También los jueces, comprendiendo entre ellos tanto a los integrantes del Poder Judicial propiamente dicho como a los vocales de la Corte Constitucional, cuando opera como órgano extra poder."

El mismo autor sostiene que hay diferencia entre la interpretación judicial de la Constitución y las demás interpretaciones, tanto teórica como axiológicamente, aunque en los hechos, a veces, estas diferencias pueden no ser tan nítidas.

En consecuencia la interpretación judicial de la Constitución tiene los siguientes presupuestos:

Es una interpretación calificada, en la medida que es efectuada por expertos en derecho.

Es una interpretación para decidir casos, o sea procesos llevados al ámbito jurisdiccional.

Es una interpretación imparcial, pues no está al servicio de las partes en el proceso, sino de los valores de la Constitución, que no son ideológicamente neutros.

III. A MANERA DE COMENTARIO FINAL

Resalta la importancia de asumir que la norma 198 de la OIT, impone a los estados a normar para aplicar un material rol de aplicabilidad en el ámbito laboral, con una objetividad mas protectiva y estructural, viabilizando la **EFECTIVA TUTELA** en la instrumentalización de los convenios y normas internacionales en relación con la Constitución y Leyes Laborales Bolivianas, así, los Jueces puedan incorporar en los procesos laborales de trabajadores de Organismos Internacionales y Misiones Diplomáticas asentadas en nuestro país, la aplicación de la **NORMA MAS FAVORABLE Y LA CONDICIÓN MAS BENEFICIOSA,** como variables del principio **PROTECTOR,** no únicamente en sanear su competencia, si no evitar la indefensión de éstos trabajadores, ya que el Derecho al Trabajo y Seguridad Social, son Derechos Humanos y Fundamentales. Constitucionalizados, en triple dimensión, por lo que se puede puntualizar lo siguiente:

— **Los derechos humanos son universales y se concretan, en cada momento histórico, a través de distintas fuentes internas y externas**, que **se complementan e interpenetran**. En tanto que **universales, su validez como derechos, resulta de su reconocimiento por la conciencia jurídica de la Humanidad** que normalmente se evidencia en el acuerdo generalizado que conduce a la sanción de los instrumentos internacionales y a su **generalizada ratificación**.

— **Los derechos humanos laborales, -que en cuanto tales, integran el bloque de constitucionalidad -, tienen vocación de plenamente ejecutables** y, además de **crear obligaciones** a los Estados, pueden **producir efectos y ser invocados en los conflictos laborales**.

— **Las fuentes del referido bloque, conforman un sistema**, bajo el signo de la idea-fuerza de la **justicia social** y en la inteligencia de que **el trabajo no puede ser tratado como una mercancía**, ya que la excepción del Juzgamiento de esos "Funcionarios Especiales Extranjeros", estada para la vía penal y civil.

— **Lo preceptuado por cada fuente, debe ser visto como poseyendo carácter mínimo y subsidiario**, lo que deja siempre abierta la posibilidad de su prelación, incluso por normas de inferior jerarquía. En ese entendido, **el bloque de constitucionalidad en el ámbito laboral, como todo el sistema de los derechos humanos, están bajo el imperio de la progresividad y la irreversibilidad** y deben ser **interpretados en el sentido más favorable a la persona humana**.

— **Los poderes públicos, incluido el judicial**, tienen la **obligación de garantizar, de modo efectivo, la plena vigencia de los derechos laborales**. Lo cual, implica el correcto y eficaz funcionamiento de los sistemas de justicia del trabajo. Pero, tal deber no se agota en ese extremo, sino que requiere un esfuerzo constante de los Estados y la Comunidad internacional, para la progresiva ampliación y perfeccionamiento de las normas y servicios orientados al mejoramiento continuo de las condiciones de vida y de trabajo, incluido el medio ambiente. Lo cual, también reclama el **eficaz funcionamiento de la Justicia del Trabajo**, inspirada en los principios y criterios interpretativos propios del Derecho del Trabajo, material y procesal, así como de los específicos del bloque de constitucionalidad, lo cual se generará a partir de una capacitación en el Derecho Internacional del Trabajo hacia los jueces, director operadores de la Tutela.

— Las normas que integran el bloque de constitucionalidad tienen primacía sobre las anteriores o posteriores, de cualquier clase, que ofrezcan una menor protección al trabajador. De donde resulta que en caso de que se lleguen a dictar normas que sean inconciliables con la protección y las garantías de que ya gozan, o deberían gozar, los

trabajadores, **conforme al bloque de constitucionalidad, la única solución ajustada a derecho, es no considerar aplicable la norma que vulnera los derechos anteriormente reconocidos**.

— **Los derechos humanos laborales abarcan principios y disposiciones** que forman parte de los derechos y garantías inherentes a la personalidad humana. Por consiguiente, **son indisponibles, no sólo para el legislador, sino también para el propio constituyente y legislador ordinario**. **Tampoco pueden ser afectados por normas internacionales posteriores, que ofrezcan un grado de protección menor, o no los contemplen en su integridad**.

— **El avance del Derecho Internacional del Trabajo ligado a los Derechos Humanos, sobre todo en el campo de los derechos laborales**, ha provocado que varias constituciones incorporen en su derecho interno el tratado sobre derechos humanos relacionados al trabajo, en unos casos con prelación sobre todo el derecho interno o bien con un rango igual al de la constitución, o finalmente, **con rango infraconstitucional pero supralegal, tal es el caso de la Constitución Boliviana en el Art. 410 de dicho Cuerpo Constitucional**.

— **Los jueces en el orden jurisdiccional laboral, deben interpretar las normas y la propia Constitución en base a los mandatos de los Instrumentos Normativos Internacionales, tal como lo establece el apartado IV del art. 13 y 256 de la Constitución Boliviana**, así, se tendera a una **EFECTIVA TUTELA**, por lo que los **JUECES DE TRABAJO, deberán involucrar en sus fallos las normas y Tratados Internacionales en materia Laboral y de Derechos Humanos**.

— **Emergente del Bloque de constitucionalidad, la Constitución Boliviana impone una Jurisdicción Laboral Especializada, expresada en el Art. 50 de dicha** Constitución, por lo que no es suficiente **Instrumentalizar en su aplicabilidad las normas y Convenios Internacionales, si no que los Jueces deben ser especializados en materia laboral para involucrar los Principios é identificar la Naturaleza Jurídica de cada Instituto propio del Derecho del Trabajo en la resolución de controversias sometidas a la jurisdicción especializada de trabajo**, así se podría delinear el principio **de SEGURIDAD JURÍDICA**.

— **Los Jueces en materia Laboral deben imperativamente involucrarse en los principios y valores expresados en el Art. 8vo. De la Constitución, transversalizar los mismos para objetivizar una EFECTIVA TUTELA de los Derechos Laborales, ya con únicamente con una conceptualización clásica liberal, sino interpretar los Derechos Sociales en un marco diferenciado y singular de éstos principios y valores**, para abandonar la conducta litigiosa y asumir una postura más razonable en la resolución de los conflictos laborales, **solo así se podrá lograr la efectiva tutela**.

LE TRAVAIL AGILE: «AMÉNAGEMENT RAISONNABLE» POUR LES PERSONNES HANDICAPÉES ET TRAVAILLEURS FRAGILES AU MOMENT DU COVID-19 EN ITALIE

LILLI CAROLLO

Technologist at Inapp, the Italian Institute of Research on Public Policy Analysis. She earned her PhD at University of Modena and Reggio Emilia, after graduating in Law at Roma Tre University. Her fields of investigation are apprenticeship and targeted employment for persons with disabilities. Now she wants to analyze the binomial between smart working and persons with disabilities in the era of covid.

ABSTRACT: This research intends to analyze smart working as a "reasonable accommodation" for people with disabilities and fragile workers at the time of the Covid pandemic, circumscribing an analytical map around the trinomial "Work, disability, technology". After an overview of the international regulatory scenario (UN Convention, Agenda 2030), the research will focus on the notion of reasonable accommodation and on the difference between the notions of disabled worker and fragile worker. A survey of the regulatory system describing the measure will then be offered. Finally, the question will be raised whether there is a right to smart working for this category of people, as described by the jurisprudence.

KEYWORDS: Travail agile, aménagement raisonnable, handicap.

1. INTRODUCTION

Cet article entend analyser le travail agile (LAVORO AGILE) ainsi qu' « aménagement raisonnable » pour les personnes handicapées et les travailleurs fragiles à l'heure de la pandémie de Covid-19 [1], en circonscrivant une cartographie d'analyse autour du trinôme « Travail, handicap, technologie ».

Le travail agile est un moyen de rendre les performances à distance ; il est parfois flanqué d'un smart working, qui est parfois compris comme un synonyme [2], parfois comme une philosophie managériale dans laquelle "l'autonomie et la flexibilité sont rendues au travailleur en ce qui concerne les lieux, les temps et les outils de travail", dans laquelle "les technologies ne sont pas un élément essentiel » [3].

Le cas du travail agile, notamment en ce qui concerne la période de la pandemie, sera traité au paragraphe 3 ; l'avènement de l'ère technologique a déjà rendu nécessaire de nombreuses études sur le travail agile, et la nécessité de concilier vie-soins-travail, ainsi que la perspective de vie autonome des personnes handicapées, nous amènent à aborder l'analyse uniquement pour ces catégories de gens; aussi, l'urgence Covid propose de l'étendre aux travailleurs fragiles,

1 Pour une analyse en droit du travail de la crise pandémique, voir le livre électronique édité par O. Bonardi, U. Carabelli, M. D'Onghia, L. Zoppoli, Covid-19 e diritti dei lavoratori, Ediesse, 2020.

2 Accademia della Crusca, Gruppo Incipit, 2016.

3 M. Tufo, Il lavoro agile emergenziale: un mosaico difficile da ricomporre tra poteri datoriali e diritti dei lavoratori, in RGL, n. 1, 2021, 41-42.

étant donné que le travail agile est un canal naturel pour garantir le maintien de l'emploi, mais surtout il devient un instrument de protection de la santé, tant individuelle que collective [4], dans une phase pandémique comme celle actuelle.

Même avant la pandémie, nous nous sommes retrouvés à vivre un tournant anthropologique dans la société du travail, où le travail agile était présenté comme faisant partie de la transition technologique de l'Industrie 4.0 ; à cette fin, il est nécessaire de permettre le développement durable de la ville, afin d'éviter la marginalisation et l'isolement des personnes. Pour le monde de l'handicap, il faut aussi penser en termes d'autonomie et de logements rénovables pour éliminer les barrières architecturales, créer des espaces d'équipements communs, d'accessibilité et assurer le « non-isolement ». Le travail agile est également considéré comme « un luxe que peu peuvent se permettre car il suppose une révolution organisationnelle, dans une large mesure en Italie pas encore pleinement réalisée »[5].

Dans l'Agenda 2030, Résolution adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 25 septembre 2015, le point 8.5 exige « Garantir le plein emploi productif et un travail décent pour les femmes et les hommes d'ici 2030, y compris les jeunes et les personnes handicapées, et rémunération pour des emplois de juste valeur ».

Dans la Stratégie européenne pour les droits des personnes handicapées 2021-2030 [6], nous lisons deux principes directeurs qui nous intéressent : la ligne 9 « Promouvoir l'accès à des emplois durables et de qualité », qui établie que la Commission demande aux États membres de fixer, d'ici au 2024, augmenter le taux d'emploi des personnes handicapées et à réduire les écarts entre les taux d'emploi des personnes handicapées et non handicapées, afin de contribuer à la réalisation de l'objectif global d'emploi pour 2030 proposé dans le plan d'action pour la mise en œuvre de la pilier des droits sociaux, pour approbation par le

4 C.Alessi, M.L.Vallauri, Il lavoro agile alla prova del Covid-19, in O. Bonardi, U. Carabelli, M. D'Onghia, L. Zoppoli, Covid-19 e Diritti dei lavoratori, Consulta giuridica CGIL n. 1, Ediesse, 2020, 131.

5 B. Caruso, Tra lasciti e rovine della pandemia: più o meno smert working?, in RIDL, n. 2, 2020, p. 219.

6 Comunicazione della Commissione europea al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo, al Comitato delle Regioni, Bruxelles, 3.3.2021 COM(2021) 101 final

Conseil européen. Et puis la ligne 2, qui promet une amélioration de l'accessibilité et la promotion de l'usage des technologies (ligne 2).

Ces lignes directrices doivent être combinées avec les principes de la Convention des Nations Unies de 2006 à l'art. 4, let. G, où l'on peut lire : « Les États parties s'engagent à garantir et à promouvoir la pleine réalisation de tous les droits de l'homme et libertés fondamentales pour toutes les personnes handicapées sans discrimination d'aucune sorte sur la base de l'handicap. À cette fin, les États parties s'engagent : à entreprendre ou à promouvoir la recherche et le développement, et à promouvoir la disponibilité et l'utilisation de nouvelles technologies, y compris les technologies de l'information et de la communication, les aides à la mobilité, les dispositifs et le soutien, adaptés aux personnes handicapées, en donnant la priorité à la technologies les plus abordables.

L'accessibilité dans ce contexte fait référence aux technologies utilisées qui sont principalement équipements, systèmes informatiques, applications web, etc.. L'accessibilité, ça veut dire éliminer toutes les barrières qui peuvent entraver la pleine utilisation par tous les utilisateurs afin qu'ils puissent interagir avec un système informatique et gérer efficacement toutes les aides (barrières numériques pour les malentendants, absence de sous-titres, langue des signes ; pour les malvoyants les problèmes sont les couleurs, les polices, la description des images ; ceux qui ont des problèmes avec le fonctionnement de parties du corps comme les mains, la barrière peut être surmontée avec l'utilisation de claviers spécifiques ; pour ceux qui ont des difficultés de compréhension, il sont des moyens de simplifier le texte).

Il faut considérer que le travail agile pour les personnes handicapées et les travailleurs fragiles n'apporte pas toujours des avantages, comme une mobilité réduite, car il peut effectivement imposer des charges aux familles et aux aidants et créer un isolement social.

Comme on le sait en effet, le travail agile fait ainsi appel à des outils technologiques qui permettent « d›assister » le travailleur dans la réalisation de la tâche et « d'adapter » les outils et locaux de travail à son handicap. Il ne faut pas sous-estimer qu'il existe une réglementation sur les technologies d'assistance et additives, telles que les directives AgID, circulaire du 23 septembre 2015, n. 2 (Spécifications techniques relatives aux matériels, logiciels et technologies d'assistance des postes de travail à disposition des salariés en situation de handicap) et INAIL, Circulaire du 26 février 2019, 6 (Règlement pour la réinsertion

et l'insertion professionnelle des personnes handicapées issues du travail). Il existe également des dispositions complémentaires, telles que, par exemple, la disposition introduite par le décret législatif no. L. 17 mars 2020, n. 18, qui - par dérogation au code des marchés - jusqu'à fin 2020 simplifie les procédures d'achat de services informatiques par les PA, notamment les services cloud et les services de connectivité, indispensables pour favoriser la diffusion du travail agile dans les administrations, mais aussi pour activer des services en ligne utilisables par les citoyens et les entreprises (art. 75, décret législatif 17 mars 2020, n. 18).

Le travail agile s'esquisse donc comme une voie d'inclusion des personnes en situation de fragilité [7], dans laquelle la législation d'urgence en faveur des personnes handicapées et fragiles semble se caractériser par « sa dimension conservatrice » de la capacité de travail du sujet [8].

Le travailleur handicapé, en effet, peut avoir besoin - tant pour des raisons de mobilité que pour des questions liées au traitement médical - d'une plus grande possibilité de concilier vie privée et vie professionnelle [9]. De plus, l'utilisation de ce mode de travail représente également un outil pour surmonter les problèmes liés au stress au travail pour les catégories de personnes considérées dans cette contribution.

Cependant, il faut considérer que le travail agile n'est pas adapté à toutes les catégories de handicaps, comme pour l'autisme de haut niveau, car dans de tels cas le sujet tend déjà à l'isolement social.

Dans cet article, nous analyserons donc principalement les règles d'urgence de la pandemie, à travers lesquelles la corrélation susmentionnée de l'institution avec l'inclusion de la personne handicapée [10] a été mise en évidence, compte tenu de l'importance du travail agile pendant l'urgence sanitaire, prenant forme comme un moyen de "protéger la santé des travailleurs" en complément des

7 M. Brollo, Il lavoro agile alla prova della emergenza epidemiologica, in V. Filì (a cura di), Covid -19 e rapporto di lavoro, Volume I, Adapt University Press, 2020, 195; Marino Aimone, Smart working e co-working le nuove frontiere per l'inclusione lavorativa delle persone con disabilità, in Dottrina Lavoro, n. 3, 2017, pp. 1-4.

8 M. D. Ferrara, Oltre l'emergenza: Lavoro, conciliazione e agilità in tempo di fragilità, WP Massimo D'Antona, 426/2020, 320.

9 A. Rosiello, M. Serra, Smart working: disciplina, opportunità, aspetti psico-sociali, in ISL, 3, 192:

10 M. Peruzzi, A. Pignatelli, Diritto al lavoro agile e compatibilità con la prestazione al tempo dell'emergenza covid-19, in RIDL, 4, 2020, 717.

obligations de l'employeur d'adopter les mesures nécessaires pour préserver l'intégrité psycho-physique des salariés et celles visant à assurer la sécurité au travail[11].

C'est depuis les années 1990 que le télétravail est préconisé comme une solution clé pour les personnes handicapées, supprimant des obstacles importants au travail tels que les déplacements domicile-travail et les espaces de travail inadaptés, mais n'a pas enregistré, en ce qui concerne le télétravail du moins, une augmentation utiliser [12]. Par ailleurs, « il n'y a pas eu d'augmentation substantielle de l'emploi des personnes handicapées attribuée au télétravail » [13].

Mais la pandémie de COVID-19 a montré que le travail à distance est un moyen de travail alternatif viable et cela pourrait donner l'élan à un changement à long terme pour les personnes handicapées.

Les principales politiques de travail agile devraient impliquer les personnes handicapées dans leur conception. Même lorsque de nouvelles conventions collectives sont négociées sur le travail agile, ou lorsque les entreprises revoient leurs politiques sur le travail agile, elles doivent être adaptées aux personnes handicapées. Cela signifie s'éloigner de l'idée que les personnes handicapées sont un groupe spécifique. Au lieu de cela, l'accent devrait être mis sur la mise en œuvre du travail à distance afin qu'il permette aux travailleurs d'utiliser pleinement leurs compétences et leurs talents professionnels, qu'ils soient ou non handicapés. L'inclusion deviendrait une partie du gain pour tous [14].

2. LES NOTIONS DE TRAVAILLEUR HANDICAPÉ ET DE TRAVAILLEUR FRAGILE.

Avant d'entrer dans le vif de la recherche, en passant à l'analyse de la discipline du travail agile d'urgence, il parait utile de préciser ce que l'on entend par handicap et ce qu'est la fragilité pour le législateur, en circonscrivant le champ d'investigation au *latere prestatoris*.

---

11 M. Capobianco. Disabilità e lavoro in tempo di pandemia (e oltre): il diniego di smart working nella recente giurisprudenza, in Lavoro e Previdenza, Agosto - Ottobre 2020.

12 Ilo, Fondazione ONCE, An inclusive digital economy for people with disabilities ; Moon, N. W., Linden, M. A., Bricout, J. C. and Baker, P. M. A. (2014), 'Telework rationale and implementation for people with disabilities: Considerations for employer policymaking', Work, Vol. 48, No. 1, 105–115.

13 Linden, M. (2014), 'Telework research and practice: Impacts on people with disabilities – Guest editorial', Work, Vol. 48, No. 1, 65–67.

14 How to use the surge in teleworking as a real chance to include people with disabilities, Eurofound, 2020.

Tout d'abord, il est intéressant de noter que la doctrine a montré que pendant « la pandémie les principaux intérêts constitutionnels que le législateur était appelé à équilibrer dans le monde du travail étaient le droit à la santé (des travailleurs et de la collectivité), selon de l'art. 32, paragraphe 1, de la Constitution, d'une part, et le droit au travail, conformément à l'art. 4, paragraphe 1, de la Constitution, ainsi que la liberté d'initiative économique privée, conformément à l'art. 41, alinéa 1, de la Constitution, d'autre part »[15].

Les catégories de personnes concernées par le règlement d'urgence du travail agile sont le salarié handicapé dans les conditions visées au l. n. 104/1992 (art. 39 du décret dit "Cura Italia") ou un certificat « fragile »[16] (art. 90 du décret dit Relance, à coordonner avec l'intervention ultérieure de la loi 126/2020) et les travailleurs souffrant de pathologies graves et avérées à capacité d'emploi réduite (article 39 du décret dit "Cura Italia") [17].

La législation italienne sur le handicap et le travail (loi n° 68 de 1999 et loi n° 104 de 1992) ne dicte pas de notion de handicap, et ces deux lois nationales doivent donc être lues à travers les interprétations que la CJCE a faites de la directive Non. 2000/78 / Ce ' en face aux paramètres de l'UNCRPD. Dans ce dernier forum, il est proclamé (Préambule e)) « que le handicap est un concept évolutif et que le handicap est le résultat de l'interaction entre les personnes handicapées et les barrières comportementales et environnementales, qui empêchent leur pleine et effective participation à la société sur un pied d'égalité. base avec les autres ». La CJCE dans l'affaire C-13/05 - Affaire Chacòn Navas / Eurest Colectividades SA a établi que la définition doit faire l'objet d'une interprétation autonome et uniforme, sur la base des principes d'égalité et d'interprétation uniforme du droit européen. En fin de compte, interpréter l'art. 1 de la directive en cause, la Cour a qualifié le handicap, donc l'invalidité, de ces "limitations résultant de lésions physiques, psychiques ou psychiques et qui entravent la

15 M. Tufo, Il lavoro agile (dell'emergenza) esordisce in giurisprudenza: come bilanciare gli interessi in gioco nell'era della pandemia?, in Lavoro Diritti Europa, n. 2, 2020, 5. S. Bini, Lo smart working al tempo del Coronavirus. Brevi osservazioni, in stato di emergenza, in Giustiziacivile.com, 2020, n. 3, 6.

16 La Circolare interministeriale n. 13 del 4 settembre 2020 "La notion de fragilité doit être identifiée dans ces conditions de santé du travailleur/travailleur par rapport à des pathologies préexistantes qui pourraient déterminer, en cas d'infection, une issue plus grave ou malheureuse (...) ».

17 S. Fernandez Martinez, L'evoluzione del concetto giuridico di disabilità: verso un'inclusione delle malattie croniche?, in DRI, 2017, n. 1, 74. M. Militello, La tutela del lavoratore affetto da patologia oncologica in Italia, in DRI, n. 2, 2018, 457.S. Varva, Malattie croniche e rapporto di lavoro tra normativa e prassi, in RIDL, 2018, n. 1, 109.

participation de la personne à la vie professionnelle", en prenant soin de préciser que cet état limitatif doit être durable. Une autre intervention importante de la Cour de justice sur la notion de « handicap » s›est accompagnée d'une condamnation dans les affaires jointes C-335/11 et C-337/11 HK Danemark [18]. Dans l'arrêt, la Cour arrive à la conclusion que la directive 2000/78 doit être soumise, dans la mesure du possible, à une interprétation conforme à la convention des Nations Unies de 2006, qui a été mise en œuvre par l'Union européenne [19], faisant ainsi de ses dispositions une partie intégrante de l'ordre juridique.Source juridique européenne, source prédominante sur les actes européens et sur le droit dérivé. De plus, la prononciation Fag og Arbejde (ou Kaltoft) C. giust. 18 décembre 2014, C-354/13, distingue entre handicap et obésité et rappelle que cette dernière n'est pertinente au regard de la législation anti-discrimination que lorsqu'elle constitue un obstacle à une participation pleine et effective à la vie professionnelle sur un pied d'égalité avec d'autres travailleurs.

En ce qui concerne les travailleurs handicapés, il est fait référence dans la législation d'exception à l'art. 39 du d.l. 17 mars 2020, n. 18, convertie en loi modifiée le 24 avril 2020, qui reconnaît les travailleurs handicapés et les membres de la famille des personnes dans les conditions visées à l'article 3, alinéa 3, de la loi no. 104, le droit d'effectuer, jusqu'à la fin de la période d'urgence, « l›exécution de travaux en mode agile » à condition que « cette méthode soit compatible avec les caractéristiques du service ».

Le concept « non technique » de fragilité « englobe différentes affections, du handicap à l'immunosuppression, en passant par la maladie oncologique, l'âge, les comorbidités, la nécessité de réaliser des thérapies salvatrices » ou encore le besoin de soins en cas d'urgence [20].

Selon la circulaire interministérielle no. 13 du 4 septembre 2020 "La notion de fragilité doit être identifiée dans les conditions de santé du travailleur par rapport aux pathologies préexistantes qui pourraient déterminer, en cas d'infection, une issue plus grave ou fatale (...)" .

18 Corte di Giustizia europea - Causa HK Denmark, Cause Riunite C-335/11 e C-337/11. Sentenza dell'11 Avril 2013.

19 Decisione 2010/48/Ce del Consiglio del 26 novembre 2009.

20 La définition est de E. Fiata, Pandemia, smart working e lavoratori fragili: è davvero un diritto?, in ADL, 2, 2021, nota n. 3.

Il est important de considérer que l'art. 26 du décret-loi du 17 mars 2020, n. 18, converti en loi 24 avril 2020, n. 27, tel que modifié en dernier lieu (Loi n°178 du 30 décembre 2020), avec effet au 1er janvier 2021 et jusqu'au 28 février 2021, les employés publics et privés en possession d'une certification attestant d'un état de risque dérivant d'une immunosuppression ou de résultats de pathologies oncologiques ou de la réalisation de thérapies salvatrices connexes (travailleurs dits "fragiles") ainsi que les travailleurs en possession de la reconnaissance du handicap à connotation de gravité conformément à l'art. 3, paragraphe 3, Loi no. 104/1992 effectuent généralement le travail de manière agile, également par l'affectation à différentes tâches incluses dans la même catégorie ou domaine d'emploi, tel que défini par les conventions collectives en vigueur, ou la réalisation d'activités de formation professionnelle spécifiques, même à distance. En outre, la disposition de l'art. 39, paragraphe 2 du décret Cura Italia, qui reconnaît, aux travailleurs du secteur privé souffrant de pathologies graves et avérées et à capacité de travail réduite, la priorité dans l'acceptation des demandes de prestation de services en mode agile (article 1, paragraphe 3 , décret-loi du 30 juillet 2020, n.83, converti, avec modifications, par la loi du 25 septembre 2020, n.124 telle que modifiée par l'art.1, alinéa 3 du décret-loi n.125 du 7 octobre 2020). Ici la protection est moindre, représentée par une simple préséance, là où il y a plus de travailleurs pour demander ce mode de prestation de service.

3. LA RECONNAISSANCE DU SYSTÈME RÉGLEMENTAIRE DU TRAVAIL AGILE PAR LA LOI NO. 81/2017 À LA LÉGISLATION « D›URGENCE » POUR LES TRAVAILLEURS FRAGILES ET LES TRAVAILLEURS HANDICAPÉS : DEUX MODÈLES COMPARÉS.

On connaît deux formes de travail agile : celle régulée sur une base législative et celle née d'une législation d'urgence. Bien que les origines visée par la loi no. 81 de 2017 on les retrouve dans un genre *tertium*, celui né de la négociation collective des entreprises multinationales, en tant que réalité créative [21].

21 Verbale di Accordo Gruppo Eni 6 febbraio 2017. L'*Accordo Smart Working, Credito-Assicurazioni Società Cattolica di Assicurazione* (3 maggio 2018*)*; l'*Accordo Smart Working, Credito-Assicurazioni Ubi* (31 agosto 2018); l'*Accordo smart working, Agroindustriale-Alimentaristi Barilla* (2 marzo 2015); l'*Accordo Smart Working, Credito-Assicurazioni Banca del Piemonte* (20 gennaio 2017); l'*Accordo smart working, Credito-Assicurazioni Crédit Agricole* (9 marzo 2017); il *Verbale di Accordo sullo Smart working, Zurich* (1 giugno 2016) (nella *versione del 29 marzo 2018*); l'*Accordo Smart Working, Credito-Assicurazioni Santander* (29 maggio 2018).

La discipline du travail agile est présente dans les articles 18-23 loi n.m. 81/2017 [22]; de l'art. 18 de la loi précitée établit que dans le but « d'accroître la compétitivité et de faciliter la conciliation des temps de vie et de travail », le travail agile est la « modalité d'exécution de la relation de travail établie par accord entre les formes d'organisation par phases, cycles et objectifs et sans contraintes précises de temps ou de lieu de travail, avec l'utilisation possible d'outils technologiques pour la réalisation des activités de travail »; sous cette forme « le travail est effectué, en partie à l'intérieur des locaux de l'entreprise et en partie à l'extérieur sans lieu fixe, uniquement dans les limites de la durée maximale des heures de travail journalières et hebdomadaires, découlant de la loi et de la négociation collective ».

Le législateur précise également (art. 18, alinéa 2) que l'employeur « est responsable de la sécurité et du bon fonctionnement des outils technologiques mis à la disposition du travailleur pour l'exercice de l'activité de travail ». Le noyau de la discipline décrite brièvement est l'accord individuel; cela peut être à durée déterminée ou à durée indéterminée (avec droit de rétractation même "sans préavis", en cas de motif justifié, ou avec "préavis de 30 jours", en l'absence de motif justifié, ou de 90 jours dans le cas d'un travailleur handicapé) (article 19, paragraphe 2). Le retrait du contrat de travail agile doit être distingué du retrait de la relation de travail [23].

22 M. Tiraboschi, Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro, in W.P. CSDLE "Massimo D'Antona.IT", 335, 2017, pp. 1-52; G. Zilio Grandi, M. Biasi, Commentario breve allo Statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile, Cedam, Padova, 2018; C. Spinelli, Tecnologie digitali e lavoro agile, Cacucci, Bari, 2018. A. Perulli, L. Fiorillo (a cura di), Il Jobs Act del lavoro autonomo e del lavoro agile, Torino, 2018, 165 ss.; C. Spinelli, Tecnologie digitali e lavoro agile, Bari, Cacucci, 2018; E. Signorini, Il diritto del lavoro nell'economia digitale, Torino, 2018; M. Ricci, La nuova disciplina del "lavoro agile", in Nuove leggi civ. comm., 2018, 3 ss.; D. Garofalo (a cura di), La nuova frontiera del lavoro: autonomo, agile, occasionale, Bergamo, Adapt University Press, 2018, 345 ss.; A. Andreoni, Il lavoro agile nel collegamento negoziale, in RGL, 2018, I, 106 ss.; C. Timellini, In che modo il lavoro oggi è smart? Sulla definizione del lavoro agile, in Lav. nella giur., 2018, 230 ss.; F. Malzani, Il lavoro agile tra opportunità e rischi per il lavoratore, in Diritti mercati lavori, 2018, 17 ss.; E. Dagnino, M. Menegotto, L.M. Pelusi, M. Tiraboschi, Guida pratica al lavoro agile dopo la legge n. 81/2017, Bergamo, Adapt University Press, 2017 e seconda edizione 2020; P. Tullini (a cura di), Web e lavoro, profili evolutivi e di tutela, Torino, 2017; Ead., Lavoro agile e su piattaforma digitale tra autonomia e subordinazione, in Var. Temi Dir. lav., 2018, n. 3, 823 ss.; M. Tiraboschi, Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro, in DRI, 2017, 962 ss.

23 A. Andreoni, Il lavoro agile nel collegamento negoziale, in RGL, 2018, I, 106), E. Pasqualetto, Il recesso dall'accordo sul lavoro agile, in G. Zilio Grandi, M. Biasi (a cura di), Commentario Breve, cit., 531 ss. e A. Panetta, Il recesso dal lavoro da remoto, in M. Martone (a cura di), Il lavoro da

L'accord est stipulé par écrit *ad probationem* et régit "l'exécution des travaux effectués en dehors des locaux de l'entreprise, également en ce qui concerne les formes d'exercice du pouvoir de gestion de l'employeur et les outils utilisés par le travailleur. L'accord identifie également les temps de repos du travailleur ainsi que les mesures techniques et organisationnelles nécessaires pour assurer la déconnexion du travailleur de l'équipement technologique de travail » (article 19, paragraphe 1). Par ailleurs, l'accord doit prévoir l'absence de "contraintes horaires" (sauf celles imposées par la loi ou les conventions collectives en termes de durée maximale journalière et hebdomadaire) et le "lieu de travail", puisque le travail peut être effectué "en partie à l'intérieur de l'entreprise locaux et en partie à l'extérieur ».

La doctrine a donc constaté que « le cas juridique du travail agile présente les traits distinctifs suivants : i) la genèse des accords, résultat d'un choix libre - et toujours réversible - des éléments de la relation de travail ; ii) l'exécution de travaux en partie à l'intérieur et en partie à l'extérieur des locaux de l'entreprise, en l'absence de lieu fixe et de « contraintes précises » de temps et de lieu de travail ; iii) la limite de durée de service fixée au maximum par la loi et la négociation collective [24].

Le droit de déconnexion, en revanche, est conçu pour éviter les heures supplémentaires, le travail excessif [25].

Un aspect sur lequel il faut se concentrer est celui relatif à la santé et à la sécurité au travail du travailleur agile[26], notamment en référence aux travailleurs handicapés. La doctrine a déjà considéré ce profil, le « plus critique de la législation sur le travail agile », « à la fois pour l'absence de références spatio-temporelles

remoto, cit., 139 ss. P. Iervolino, Le problematiche del recesso in smart working, in Bollettino ADAPT, 8 aprile 2019 e D. Mezzacapo, Il lavoro agile ex legge n. 81/2017: note minime e problemi aperti, in Gruppo Giovani Giuslavoristi Sapienza (a cura di), Il lavoro agile nella disciplina legale collettiva ed individuale, W.P. CSDLE "Massimo D'Antona.IT", n. 6, 2017, 126-136.

24 M. Biasi, Brevi spunti sul lavoro da remoto post-emergenziale tra legge (lavoro agile) e contrattazione (smart working), Conversazioni sul lavoro dedicate a Giuseppe Pera dai suoi allievi, Conversazioni sul lavoro a distanza, p. 5.

25 E. Dagnino, *Il diritto alla disconnessione nella legge n, 81/2017 e nell'esperienza comparata,* in *DRI*, 2017, n. 4.

26 A. Allamprese - F. Pascucci, La tutela della salute e della sicurezza del lavoratore «agile», RGL, 2017, 2, I, 307 ss.; M. Peruzzi, Sicurezza e agilità cit., 26 ss.; A. Delogu, Obblighi di sicurezza: tutela contro gli infortuni e le malattie professionali nel lavoro agile, in Aa.Vv., Il lavoro agile nella disciplina legale, collettiva ed individuale. Stato dell'arte e proposte interpretative di un gruppo di giovani studiosi, CSDLE, It, n. 6/2017, 108 ss.

de la performance, et pour la présence d'une législation trop générique (avec référence implicite aux individus accords ou collectifs) » . [27].

L'avis est quasi unanime que tant le texte consolidé s'applique au travail agile, malgré l'absence de référence, que la règle de clôture de l'art. 2087 du Code civil italien [28]; par conséquent, l'art. 3, paragraphe 10, du décret législatif no. 81/2008 sur le télétravail selon lequel «à tous les travailleurs subordonnés qui effectuent un travail continu à distance, au moyen d'une connexion informatique et télématique, y compris ceux visés par le décret présidentiel n.m. 70/1999 et visées dans l'accord-cadre européen sur le télétravail conclu le 16 juillet 2002, les dispositions du titre VII s'appliquent, quelle que soit la zone dans laquelle le service lui-même a lieu ». Il s'ensuit que les dispositions du titre VII du décret législatif no. 81/2008 (articles 172-178) relatifs à la protection de la santé et de la sécurité des travailleurs utilisant des écrans vidéo.

Dans le travail agile, il est d'usage de parler de technostress, un syndrome causé par l'utilisation continue et contemporaine d'appareils informatiques et technologiques, par la gestion d'un flux continu d'informations issues des technologies et par une mauvaise ergonomie des lieux et des activités de travail. (comme une utilisation excessive d'Internet et de la téléphonie, une connexion constante, un surmenage, des exigences excessives et une concurrence intense [29].

La règle relative au devoir du travailleur de coopérer au développement de la sécurité doit également être considérée comme applicable. Étant donné que, comme indiqué, « dans le travail intelligent, l'employeur n'a pas de contrôle direct sur le lieu et l'heure du travail, ni ne peut affecter directement le comportement du travailleur parce qu'il n'a pas de supervision directe de l'environnement de

27 R. Pessi, R. Fabozzi, *Gli obblighi del datore di lavoro in materia di salute e sicurezza*, in L. Fiorillo, A. Perulli (a cura di), *Il Jobs Act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Giappichelli, 2018, 234.

28 F. D'Addio, *Considerazioni sulla complessa disciplina del telelavoro nel settore privato alla luce dell'entrata in vigore della legge n. 81/2017 e della possibile sovrapposizione con il lavoro agile*, in *DRI*, 2017, n. 4, pp. 1006 ss. M. Peruzzi, Sicurezza e agilità: quale tutela per lo smart worker?, in DSL, 2017, 1, 1 ss., sulla scorta di una ricostruzione del lavoro agile come telelavoro mobile a collegamento alternato; E. Dagnino, M. Menegotto, L.M. Pelusi, M. Tiraboschi, Guida pratica al lavoro agile, II ed., 2020, 60; G. Natullo, Ambiente di lavoro e tutela della salute, Torino, 2020, 63; A. Allamprese, F. Pascucci, La tutela della salute e della sicurezza del lavoratore «agile», in RGL, 2017, I, 316; M. Biasi, Brevi spunti sul lavoro da remoto post-emergenziale tra legge (lavoro agile) e contrattazione (smart working), Conversazioni sul lavoro dedicate a Giuseppe Pera dai suoi allievi, Conversazioni sul lavoro a distanza, 8.

29 A. Rosiello, M. Serra, Smart working: disciplina, opportunità, aspetti psico-sociali, in ISL, 3, 194.

travail et du risque associé à le rendement au travail" [30]. In fine, des parcours spécifiques d'information, de formation, de prévention et de protection doivent être mis en place par l'employeur, avec la collaboration du travailleur agile.

Le travail agile reglè pour la période de la pandemie, en revanche, se caractérise par une plus grande simplification, où, en outre, le lieu d'exécution est la résidence et/ou le domicile du travailleur, pour des raisons de sauvegarde de la santé publique ; dans de tels cas, nous parlons de travail à domicile [31]. Et par conséquent, aucune flexibilité spatio-temporelle n'est visible pour le travail d'urgence agile [32].

En ce qui concerne la technologie, celui-ci semble revêtir la valeur d'un élément « génétique » [33].

Une autre caractéristique de la discipline d'urgence est qu'il n'y a pas besoin de pacte individuel dans le travail agile.

C'est l'employeur qui "délimite les limites spatio-temporelles du service, de manière compatible avec les besoins de distanciation sociale", ainsi que décide des outils de travail à utiliser [34].

En ce qui concerne les obligations de santé et sécurité au travail, la D.P.C.M. 1er mars 2020, en exécution du décret législatif 23 février 2020 n. 6, contenant des mesures urgentes concernant le confinement et la gestion de l'urgence épidémiologique de Covid-19, en vue de simplifier les exigences de sécurité pour les employeurs, a prévu que les obligations de divulgation, conformément à l'art . 22 du l. 22 mai 2017, n. 81, sont acquittés par voie électronique,

30 D. Gentilini, G. Filosa, La tutela della salute e sicurezza nello smart working, WP Adapt, n. 20, 2020, 4.

31 C. Di Carluccio, Emergenza epidemiologica e lavoro agile, in RIDL, n. 1, 2020, 1; C. Pisani, Il lavoro agile nella P.A.: possibili profili di illegittimità costituzionale, in GLAV, 2020, 33-34, 20; S. Bini, Lo smart working al tempo del coronavirus. Brevi osservazioni, in stato di emergenza, in giustiziacivile.com, 17 marzo 2020; C. Alessi, M.L. Vallauri, op. ult. cit., 135; cfr. L. Foglia, Emergenza lavoro e lavoro in emergenza, in A. Pileggi (a cura di), Il Diritto del Lavoro dell'emergenza epidemiologica, cit., 29; A. Tursi, Il lavoro agile al tempo del coronavirus, in M.T. Carinci, A. Tursi, Licenziamento, subordinazione e lavoro agile tra diritto giurisprudenziale e diritto emergenziale, Torino, 2020, 110; B. Caruso, Tra lasciti e rovine della pandemia: più o meno smart working?, cit., 229.

32 M. Tufo, Il lavoro agile emergenziale: …., op. cit., 43.

33 M. Tufo, Il lavoro agile emergenziale: …., op. cit., 43.

34 M. Tufo, Il lavoro agile emergenziale: …., op. cit., 52.

en utilisant également la documentation mise à disposition sur le site Internet de l'Institut national des accidents du travail (Inail) [35].

Une nouvelle mesure de surveillance médicale exceptionnelle a alors été introduite par l'art. 83, du décret-loi n.34 du 19 mai 2020, converti, avec modifications, par la loi du 17 juillet 2020 n. 77, jusqu'à la date de la levée de l'état d'urgence pour risque sanitaire sur le territoire national, mis en place par les employeurs publics et privés pour les « travailleurs les plus exposés au risque de contagion, en fonction de l'âge ou de la condition de risque découlant de immunosuppression, également de la pathologie COVID-19 ou des résultats de pathologies oncologiques ou de la mise en œuvre de thérapies salvatrices ou en tout cas de la morbidité qui peut caractériser un plus grand risque ".

4. DE QUOI PARLE-T-ON QUAND ON PARLE D'«AMÉNAGEMENT RAISONNABLE»: DE LA DÉFINITION DE LA DIRECTIVE 2000/78/CE À L'ÉLABORATION JURISPRUDENTIELLE LA PLUS RÉCENTE.

La Cour de justice du 4 juillet 2013, dans l'affaire C-312/11, renonce au fait que la législation italienne n'assure pas un passage correct de l'article 5 de la directive 2000/78 est fondée sur le principe de non-discrimination en matière de invalidité. Le législateur italien est plutôt intervenu le 9 août 2013, n. 99 de conversion du D.L. 28 juillet 2013, n. 76, qui a modifié le décret législatif du 9 juillet 2003, n. 216, des Récépissés de la Directive européenne 2000/78/CE, partant du principe que tous les sous-traitants publics et privés garantissent le respect du principe d'égalité de traitement des « logements régionaux », tel que défini par la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées (CRPD) [36].

Par « aménagements raisonnables », nous entendons « les changements et adaptations nécessaires et appropriés qui n'imposent pas une charge disproportionnée ou excessive, le cas échéant dans des cas particuliers, pour assurer la jouissance et l'exercice des personnes handicapées, sur la base de l'égalité avec les autres, de tous les droits de l'homme et libertés fondamentales » (Art. 2 CRPD).

La CRPD à l'art. 27, let. I) établit qu'il doit être garanti que des aménagements raisonnables sont fournis aux personnes handicapées sur le lieu de travail ;

35 D. Gentilini, G. Filosa, cit., 4-5.

36 Y. Vasini, Discriminazione per disabilità: la normativa italiana è in linea con la normativa europea?, in Lavoro nella Giurisprudenza, n. 3, 2017, 226-233.

La directive 2000/78/CE prévoyait déjà le préambule n. 20 qu'« il convient de prévoir des mesures appropriées, c'est-à-dire des mesures efficaces et pratiques visant à aménager le lieu de travail en fonction du handicap, par exemple en aménageant les locaux ou en adaptant les équipements, le rythme de travail, la répartition des tâches ou en prévoyant des moyens de formation ou d'obtention du diplôme », alors que dans le préambule n. 21 stipule que « Afin de déterminer si les mesures en question entraînent des charges financières disproportionnées, il est nécessaire de prendre en compte notamment les coûts financiers ou autres impliqués, la taille et les ressources financières de l'organisation ou de l'entreprise et la possibilité de l'obtention de fonds publics ou d'autres subventions ».

De l'art. 5 de la directive précitée précise que « Pour assurer le respect du principe d'égalité de traitement des personnes handicapées, des solutions raisonnables sont envisagées. Cela signifie que l'employeur prend les mesures appropriées, en fonction des besoins des situations concrètes, pour permettre aux personnes handicapées d'accéder à un emploi, de l'exercer ou d'être promues ou de suivre une formation, à moins que de telles mesures n'imposent une charge financière disproportionnée sur la part de l'employeur. Cette solution n'est pas disproportionnée lorsque la charge est suffisamment compensée par les mesures existantes dans le cadre de la politique de l'État membre en faveur des personnes handicapées ».

Les juges du mérite italiens affirment de plus en plus que le refus d'aménagement raisonnable intègre les discriminations dues au handicap (Tribunal de Florence 19 mars 2020, n.150, Tribunal de Rome 8 mai 2018 ; Tribunal d'Asti 23 juillet 2018) (art. 3, paragraphe 3-bis, décret législatif du 9 août 2003, n° 216).

Considérer que l'obligation de l'employeur se traduit par l'activité d'adopter des mesures appropriées, c'est-à-dire des mesures efficaces et pratiques visant à aménager le lieu de travail en fonction du handicap, par exemple en aménageant les locaux ou en adaptant les équipements, les rythmes de travail, la répartition des tâches ou en prévoyant des moyens de formation ou de placement (Cass. 19 mars 2018, n.6798, avec une note de M. Aimo, Inaptitude à l'emploi et licenciement : l'obligation d'aménagement raisonnable prise au sérieux par la Cassation, in RIDL, 2, 2019, 161 ss.). Parmi les mesures d'aménagement des postes de travail et d'adaptation des équipements, outre le dépoussiérage des locaux, par exemple, la mise à disposition d'une plate-forme élévatrice nécessaire pour réduire les mouvements de la colonne vertébrale d'un travailleur ou d'au-

tres moyens qui réduisent l'intensité des efforts physiques requis (Cour d'Ivrée, 24 février 2016). Une sentence de la Cour de cassation (Cassation, 26 octobre 2018 n.27243) a défini comment les aménagements raisonnables représentent très souvent des solutions de bon sens, pas particulièrement coûteuses par exemple. bandes lumineuses dans les fenêtres et/ou bandes antidérapantes dans les marches en marbre, l'utilisation de matériel et/ou de logiciels spécifiques, l'application des aspects ergonomiques du poste de travail, des outils, des aspects sociaux psychiques.

En fin de compte, il peut donc s'agir à la fois d'interventions matérielles, visant à rendre les structures existantes accessibles et utilisables également par les personnes handicapées, mais aussi de mesures organisationnelles (par exemple, modification des horaires de travail, répartition des tâches ou politiques de formation) (Spinelli, Le défi de ' aménagements raisonnables» pour les travailleurs handicapés après le Jobs Act, Rights Jobs Markets, 15, n.1, 2017, 43) et précisément, comme le travail agile.

Mais les employeurs ont la possibilité de se soustraire à l'obligation de fournir des aménagements raisonnables lorsque les changements et adaptations nécessaires leur imposent une charge disproportionnée et excessive. En effet, l'affectation du travailleur, devenu physiquement inapte à l'activité actuelle, à des activités différentes et imputables au même emploi, ou à un autre équivalent, voire à un emploi inférieur, ne peut être légitimement refusée par l'entrepreneur que si il s'agit (pas de simples aggravations organisationnelles telles qu'établies par Cass. SU n.7755 de 1998, mais) de charges organisationnelles excessives (à apprécier en fonction des particularités de l'entreprise et de ses ressources financières) et, en particulier, si elle survient, supportés par les collègues individuels du invalide, la privation ou la modification sensible des modalités d'exécution de leur prestation de travail qui entraînent la modification de l'organisation de l'entreprise » (Cour de cassation, 26 octobre 2018, n° 27243, Tribunal de Florence mars 19, 2020, n° 150).

Pour évaluer la gravité de cette charge, il est nécessaire de prendre en compte, entre autres, les coûts financiers ou autres que cette mesure entraîne, la taille et les ressources financières de l'entreprise et la possibilité d'obtenir des fonds publics ou d'autres subventions. En fait, l'art. 5 de la directive 2000/78/CE précise que la solution n'est pas disproportionnée lorsque la charge est suffisamment compensée par les mesures existantes au sein des politiques en faveur des personnes handicapées dans l'État membre.

Eh bien, le travail agile peut entraîner des aménagements raisonnables et être payable, conformément à l'art. 3, co. 3-bis, Décret Législatif n. 216/2003. Dans de tels cas, donc, « la condition de compatibilité doit être appréciée par rapport aux dispositions de cette dernière disposition, avec l'imposition d'un changement d'organisation conforme à la demande, s'il n'implique pas une charge excessive et disproportionnée pour l'entreprise »[37] .

5. EXISTE-T-IL UN DROIT AU TRAVAIL AGILE ?

Il faut maintenant se concentrer sur une question : y a-t-il un droit potestatif au travail agile de la part du travailleur handicapé pendant la pandémie ?

On peut répondre à cette question en continuant à penser différemment selon qu'il s'agit du travail agile prévu par la loi de 2017 ou de celui prévu par le règlement d'urgence, avec quelques précisions.

En ce qui concerne le premier, il convient de signaler immédiatement que le paragraphe 3-bis, art. 18, l. n.m. 81/2017 oblige les employeurs à donner la priorité aux demandes formulées (uniquement) par les travailleuses dans les trois ans suivant la fin de la période de congé de maternité. Malheureusement, le même droit semble également faire défaut aux personnes handicapées[38].

Dans la discipline d'urgence, comme on l'a vu, le droit au recours au travail agile a été prévu autrement, même en l'absence d'un accord individuel (article 39 du décret Cura Italia, DL 18/2020, converti, avec modifications, par la loi du 24 avril 2020, n.27), jusqu'au 31 décembre 2020 (prorogation en application de l'article 1, alinéa 3, décret-loi du 30 juillet 2020, n.83, converti, avec modifications, par la loi du 25 septembre 2020, n. 124 , à son tour modifié par l'art.1, alinéa 3 du décret-loi n°125 du 7 octobre 2020), en faveur des salariés en situation de handicap sévère ou qui ont dans leur cellule familiale une personne gravement handicapée à condition l'activité de travail agile est compatible avec les caractéristiques de la performance au travail.

Par la suite, le décret Rilancio, à l'art. 90, co. 1, (deuxième période, décret législatif 34/2020, tel que modifié, lors de la conversion, par l'art. 1, alinéa 1, l. 17 juillet 2020, n. 77. De plus, déjà avant la pandémie, alinéa 3-bis de l'art

37 M. Peruzzi, A. Pignatelli, Diritto al lavoro agile e compatibilità con la prestazione al tempo dell'emergenza COVID-19, in RIDL, fasc.4, 2020, 717.

38 M. Peruzzi, A. Pignatelli, op. cit., 717.

.18 L. 81/2017 (introduit par art.1, paragraphe 485, l. 145/2018), a institué le droit au travail agile en faveur des travailleurs des secteurs public et privé, les plus exposés au risque d'infection par le COVID 19 virus, en raison de l'âge, de l'état à risque dérivant de l'immunosuppression, de l'issue de pathologies oncologiques ou de la réalisation de thérapies salvatrices ou, en tout état de cause, de comorbidités pouvant caractériser une situation de plus grand risque constatée par l'autorité compétente Dans ce cas, le droit est soumis à l'évaluation du médecin compétent dans le cadre de la surveillance médicale exceptionnelle que les employeurs publics et privés doivent garantir en vertu de l'art.83, décret législatif n° si cette façon de travailler est compatible avec les caractéristiques de la performance au travail [39]. Ce droit est également reconnu, toujours jusqu'au 31 décembre 2020, aux travailleurs immunodéprimés et aux membres de la famille vivant avec des personnes immunodéprimées (article 39, paragraphe 2-bis).

Le législateur a ainsi respecté la protection du droit à la santé des salariés handicapés et des travailleurs fragiles, considérant toujours la « compatibilité » du service avec la modalité de rendre la performance avec le travail agile [40].

Les juges ont statué dans certains jugements de précaution sur les règles telles que décrites [41].

---

39 M. D. Ferrara, Oltre l'emergenza: Lavoro, conciliazione e agilità in tempo di fragilità, WP Massimo D'antona, 426, 2020, 325. C. Lazzari, *La sorveglianza sanitaria eccezionale nel sistema aziendale di prevenzione*, in *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, 2, 2020, 11 ss.

40 M. Tufo, Il lavoro agile (dell'emergenza) esordisce in giurisprudenza: come bilanciare gli interessi in gioco nell'era della pandemia?, in Rivista nuova di diritto del lavoro – Lavoro Diritti Europa, n. 2, 2020, 6; circa la compatibilità della prestazione si vedano le pronunce dei Giudici: Trib. Grosseto 23 aprile 2020, in MGL, 2020, 2, 489, con nota di G. Gentile, Lo smart working emergenziale tra (nuovi) diritti ed esigibilità della prestazione; Trib. Bologna 23 aprile 2020, in Labor, 2020, 4, 531, con nota di A. Zilli, Il lavoro agile per Covid-19 come "accomodamento ragionevole" tra tutela della salute, diritto al lavoro e libertà di organizzazione dell'impresa; Trib. Roma 20 giugno 2020, in GLav, 24 luglio 2020, n. 31, con nota di G. Bulgarini D'Elci, Lo smart working durante la pandemia, quando il datore può opporsi; Trib. Mantova 26 giugno 2020, in ilgiuslavorista, 27 luglio 2020, con commento di T. Zappia, Il bilanciamento degli interessi durante l'emergenza Covid; diversamente Trib. Mantova 26 giugno 2020 e dal Tribunale di Ragusa (Trib. Ragusa 1 ottobre 2020, RG 1663/2020, citata da M. Biasi, Brevi spunti sul lavoro da remoto post-emergenziale tra legge (lavoro agile) e contrattazione (smart working), Conversazioni sul lavoro dedicate a Giuseppe Pera dai suoi allievi, Conversazioni sul lavoro a distanza, 12.

41 Tribunale di Grosseto, Sez. Lav, ordinanza del 23 aprile 2020, n. 502, Tribunale di Bologna, Sez. Lav., decreto del 23 aprile 2020 n. 2759, Tribunale di Mantova, Sez. Civ., decreto del 26 giugno 2020, n. 1054 e Tribunale di Roma, ordinanza del 20 giugno 2020, n. 12525; Tribunale di Bologna, Sez. Lav., decreto del 23 aprile 2020 n. 2759 e Tribunale di Mantova, Sez. Civ., decreto del 26 giugno 2020, n. 1054, E. Massi, R. Camera, Tribunale di Mantova: smart-working – rifiuto nella concessione, in Dottrina Lavoro, 13 luglio 2020. Tribunale di Roma, ordinanza del 20 giu-

Les premières ordonnances ont défini que le refus d'accepter de mettre en œuvre des aménagements raisonnables, tels que le travail agile, s'il n'est pas dicté par des coûts disproportionnés et excessifs, est également configuré comme une conduite discriminatoire [42]; en effet, selon les Juges, l'employeur est tenu d'éviter les comportements discriminatoires « déraisonnables ou injustifiés » (Tribunal de Grosseto, ordonnance du 23 avril 2020, n. 502) [43].

En outre, la preuve de l'existence d'une cause légitimant le refus du travail agile devrait également être supportée par l'employeur, puisqu'il s'agit d'un empêchement au cas discriminatoire (VT Bologna 23 avril 2020, n.2759, T. Grosseto 23 avril 2020 , n.502 , Travail, 2020, 4, 533 et suiv., Note A. Zilli) : il vous appartiendrait de démontrer que la présence physique du travailleur est une condition essentielle et déterminante pour l'accomplissement de l'activité de travail, même une fois les logements susmentionnés[44].

Le juge qui a statué en premier (Tribunal de Grosseto) a abordé, tout d'abord, la question de l'incompatibilité de la tâche avec le travail agile, alléguée par l'employeur comme motif du refus, évaluant positivement la possibilité d'effectuer la prestation de travail en cette modalité en raison de l'absence de « confrontation directe » avec le public et du « caractère d'employé» du travail rendu par le travailleur. De même, le tribunal de Bologne, à la suite d'un jugement sur le *fumus bonis iuris* et le *periculum in mora*, a adopté un arrêt conforme.

Le tribunal de Mantoue est parvenu à des conclusions différentes par rapport à ce qui avait été décidé dans les décisions précédentes, jugeant la conduite de l'employeur légitime de placer le travailleur en vacances au lieu d'accorder un travail agile, conformément à sa demande. Le juge a précisé que la « diversification » des tâches et l'« essentiel » de la présence physique du travailleur dans

gno 2020, n. 12525, M. Tufo, Il lavoro agile (dell'emergenza) esordisce in giurisprudenza: come bilanciare gli interessi in gioco nell'era della pandemia?, in Rivista nuova di diritto del lavoro – Lavoro Diritti Europa, n. 2, 2020, pp. 1-8; A. Stefanelli, A. Marinelli, Nota a Tribunale Grosseto sez. lavoro 23 aprile 2020 n° 502, in Rivista nuova di diritto del lavoro – Lavoro Diritti Europa, n. 2, 2020, pp. 1-4. Bellini, La tutela cautelare ai tempi del coronavirus: il lavoratore può utilizzare l'art.700 c.p.c. per ottenere lo smart working, in Il Lavoro nel Diritto – Labour, n. 4, 2020, pp. 1-4.

42 M. Capobianco, Disabilità e lavoro in tempo di pandemia (e oltre): il diniego di smart working nella recente giurisprudenza, in Lavoro e Previdenza, Agosto - Ottobre 2020.

43 A. Stefanelli, A. Marinelli, Nota a Tribunale di Grosseto sez. lav. 23 aprile 2020 n. 502, in Lavoro Diritti Europa, n. 2, 2020, 2.

44 M. Peruzzi, A. Pignatelli, op. cit., 717.

l'entreprise, entraînent l'exclusion du recours au mode de travail précité, même au regard de la condition familiale du salarié [45].

En définitive, on peut conclure que le travailleur handicapé ou fragile bénéficie d'un droit au travail agile, bien qu'il s'agisse d'un droit « conditionnel » à une « appréciation de compatibilité au regard des caractéristiques de la performance », qui peut être appréciée par l'employeur , mais peut être interrogé par le juge.

On pourrait supposer que, dans le contexte de pandémie, l'employeur ne doit s'estimer en droit d'exiger l'exécution de la manière traditionnelle « que dans la mesure où deux conditions sont réunies : les fonctions du travailleur, de par leur nature, ne peuvent être exercées qu'à le siège social de l'entreprise; les devoirs du travailleur sont essentiels pour que l'activité productive puisse continuer pendant l'état d'urgence »[46].

6. CONCLUSIONS

Le travail agile pour les personnes handicapées et les travailleurs fragiles est un mécanisme qui réduit certainement la mobilité et facilite le maintien en emploi pendant la pandémie. D'autre part, cependant, il peut être un élément qui crée un isolement social, et nécessite donc qu'il soit utilisé correctement, au moins en ce qui concerne les aspects de santé et de sécurité.

A partir d'une différenciation entre le travail agile de la loi n. 81 de 2017 et celui régi par le règlement d'urgence de la pandemie, nous nous sommes concentrés sur la question, également résolue par la première jurisprudence en partie positivement, s'il existe un droit à ce mode de prestation pour les travailleurs handicapés et fragiles.

Dans cette perspective, la question des aménagements raisonnables a été abordée, telle que décrite par la jurisprudence récente (de mérite et de légitimité). Comme on le sait, en effet, notre législateur italien manque d'une notion de la même chose, car des notions à contenu variable, et ce sont les juges qui ont identifié les cas descriptifs dans la pratique.

45 M. Capobianco, Disabilità e lavoro in tempo di pandemia (e oltre): il diniego di smart working nella recente giurisprudenza, in Lavoro e Previdenza, Agosto - Ottobre 2020.

46 I. Alvino, È configurabile un diritto del lavoratore al lavoro agile nell'emergenza COVID-19?, in giustiziacivile.com

On peut en conclure que le législateur d'urgence a d'une part simplifié le recours au travail agile, d'autre part il a voulu lui donner un caractère fiscal fort pour les personnes handicapées ou fragiles, dès lors qu'elles ont un réel droit à son recours , bien que conditionnée à l'existence d'une compatibilité avec le service rendu par le travailleur. Dans certains cas, compte tenu de l'état dans lequel vivent les travailleurs, le travail agile constitue un « droit à part entière » du travailleur (Tribunal de Bologne, Section du travail., Décret du 23 avril 2020 n. 2759).

Pour l'instant, cette reconnaissance est spécifique à la législation d'urgence qui pourrait constituer une base pour des mesures d'inclusion des personnes en situation de fragilité « et capables de faciliter les besoins de réconciliation de ceux qui apportent une aide en leur faveur »[47].

Par ailleurs, dans le cadre de ce dispositif, il est possible d'espérer que les entreprises puissent agir avec des services d'accompagnement psychologique des travailleurs [48], afin d'offrir les outils pour s'adapter aux complexités générées par la pandémie en cours, dans le sillage d'initiatives déjà entreprises en faveur des citoyens (voir par exemple le vade-mecum "Gérer le stress pendant l'épidémie de Coronavirus", diffusé par l'OMS, le "décalogue anti-panique" préparé par le Conseil national de l'Ordre des psychologues ou, encore, le services de consultation en ligne ou par téléphone offerts gratuitement dans certaines régions par la Société italienne de psychologie d'urgence).

Le droit à la santé doit être compris dans un sens « large », incluant les mesures visant à prévenir « l'apparition de maladies » ou à les arrêter si elles existent (Tribunal de Rome, ordonnance du 20 juin 2020, n° 12525) et être tout le protections, de l'art. 2087 du Code civil italien aux Lgs n. 80/2008 et art. mm. .

47 E. Fiata, Pandemia, Smart working e lavoratori fragili: è davvero un diritto?, in ADL, 2, 2021, 461.

48 C. Di carluccio, Emergenza epidemiologica e lavoro agile, in RIDL, n. 1, 2020, Nota 29.

LA BRECHA SALARIAL: SITUACIÓN ACTUAL DEL CONCEPTO LEGAL DE SALARIO A EFECTOS DE DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO EN ESPAÑA

MACARENA CASTRO CONDE

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Departamento de Derecho Privado y Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid. Acreditada como profesora Contratada Doctora por la Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación ANECA, y con un Sexenio de Investigación vivo.

ABSTRACT: The current legal concept of salary recently reformed by RDL 6/2019, of March 1, of urgent measures to guarantee equal treatment and opportunities between women and men in employment and occupation, is a new attempt in the achievement of the effectiveness of the principle of non-remuneration discrimination based on sex, where more precise legal criteria have been established for the effectiveness of the stated principle and the wage gap. The purpose of this work is to collect and analyze the different criteria that specify this new regulation in the aforementioned areas, and if they contribute to taking a step forward in achieving non-remuneration discrimination based on sex.

KEYWORDS: discrimination, wage gap and woman.

I. INTRODUCCIÓN

Actualmente la brecha salarial es uno de los temas más debatidos con la aparición de dos nuevas normas jurídicas que establecen medidas específicas para hacer efectivo el derecho a la igualdad de trato y a la no discriminación entre mujeres y hombres en materia retributiva; así, el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación[1], cuyo artículo 2.7 modifica el artículo 28 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET), y el Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre, de igualdad retributiva entre mujeres y hombres[2] que completa y desarrolla la normativa anterior.

De forma muy breve, a nivel internacional, el Convenio número 100 de la OIT de 1951 sobre igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor, configuró dicha igualdad de forma expresa. Dentro del Derecho derivado comunitario, la Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros hizo referencia a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos, como elemento fundamental para conseguir la igualdad entre ambos sexos. Posteriormente, se destaca la Directiva 2006/54/CEdel Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación

1 BOE 7-3-2019
2 BOE 14-10-2020

del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición), que dispone que para el mismo trabajo o para un trabajo de igual valor, debe eliminarse cualquier discriminación de remuneración fundada en el sexo, y que cuando se utilice el sistema de clasificación profesional para la determinación de la remuneración, tal sistema debe basarse en criterios comunes a hombres y mujeres.

También en el ámbito de la discriminación retributiva directa se ha producido una importante ampliación de la protección dispensada en el ámbito de la Unión Europea. Efectivamente, en el artículo 2 de la citada Directiva 2006/54/CE, se establece que constituye discriminación directa "*la situación en que una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada por razón de sexo de manera menos favorable que otra en situación comparable*". En el ámbito retributivo, ello implica que la concurrencia de discriminación directa se producirá cuando una persona no solo sea o haya sido tratada de manera menos favorable que otra en situación comparable, sino también, cuando "*pudiera ser tratada*" de modo menos favorable que otra en situación comparable, lo que facilita considerablemente que pueda apreciarse la existencia de discriminación retributiva directa.

Dentro de la discriminación retributiva por razón de sexo el gran desafío en este momento es la discriminación indirecta por incorrecta valoración de los puestos de trabajo. En este sentido, la Recomendación de la Comisión, de 7 de marzo de 2014, sobre el refuerzo del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres a través de la transparencia[3], ha establecido una serie de criterios para que los Estados miembros tengan en cuenta para conseguir tal objetivo de igualdad, y se puede adelantar que España a través del citado Real Decreto 902/2020, ha mejorado como se verá más adelante en este trabajo.

Por otro lado, a lo largo de los años la prohibición de diferente retribución por trabajo de igual valor, ha dado lugar a una voluminosa y consolidada doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, basada en la prohibición de la sobrevaloración e infravaloración por género de los puestos de trabajo (por todos STJCEE de 1 de julio de 1986, asunto Dato, C-237/85) y la exigencia de transparencia retributiva al empresariado para justificar una eventual diferencia retributiva estadística entre mujeres y hombres (por todos, STJCEE de 17 de octubre de 1989, asunto Danfoss, C-109/88).

3 DOUE núm. 69, 8-3-2014

Asimismo, la Estrategia Europea para la Igualdad de Género 2020-2025 establece los objetivos estratégicos y las acciones clave de la Comisión Europea para este período 2020-2025 en materia de igualdad entre hombres y mujeres, entre las que se encuentra garantizar la igualdad de participación y de oportunidades en el mercado laboral, incluyendo la eliminación de la brecha retributiva de género. Para hacer frente a la desigualdad de remuneración, la Comisión ha abierto una consulta pública sobre la transparencia salarial que no tiene pensado cerrar.

En consecuencia, la prohibición de discriminación retributiva por razón de sexo y la consiguiente obligación de garantizar la correcta valoración de los puestos de trabajo constituye, pues, una obligación específica y directamente exigible a todos los Estados miembros y se ha producido una importante ampliación de la protección dispensada en el ámbito de la Unión Europea.

II. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN RETRIBUTIVA EN ESPAÑA

En nuestro país, este derecho se inspira en el principio de igualdad, uno de los principios rectores de nuestro ordenamiento jurídico, y uno de los valores en los que se inspira nuestra Constitución (CE). Además de la suficiencia de la remuneración, el artículo 35.1 de la CE se refiere a la no discriminación por razón de sexo en materia salarial, que es una especificación del principio de igualdad recogido en el artículo 14 de la CE[4] cuyo primer inciso establece que todos "los españoles son iguales ante la ley". El principio de igualdad ante la ley concede a las personas el derecho subjetivo de alcanzar de los poderes públicos

4 Cfr. sobre el principio de igualdad recogido en el artículo 14 de la CE y sus posibles acepciones e interpretaciones, vid., entre otros: ALONSO OLEA, M.: "Discriminaciones laborales y jurisprudencia constitucional", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 16 (1983), págs. 603-604; ALONSO GARCÍA, E.: "El principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución Española", *Revista de Administración Pública*, núm. 100-102 (1983), págs. 21-92; PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: "El derecho constitucional a la igualdad en las relaciones laborales", *Documentación Laboral*, núm.8 (1983), págs. 7-29; PÉREZ DEL RÍO, T.: *El principio de igualdad: no discriminación por razón de sexo en el Derecho del Trabajo,* Madrid, Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, 1984; RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F.: *Igualdad y discriminación,* Madrid, Tecnos, 1986; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F.: "La igualdad y la discriminación en la jurisprudencia constitucional" en AA.VV (ALARCÓN CARACUEL, M.R.) *Constitución y Derecho del trabajo: 1981-1991*, Madrid, Marcial Pons, 1992, págs. 161 y sigs.; REY MARTÍNEZ, F.: *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Madrid, McGraw-Hill, 1995; RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ, J.: "¿Igualdad o no discriminación en las relaciones de trabajo? (En torno al artículo 17.1)" en AA. VV "El Estatuto de los Trabajadores. Veinte años después", *Revista Española Derecho del Trabajo,* Tomo I, núm.100 (2000), págs. 521 y sigs.

un trato igual para supuestos iguales, esto es, vincula de manera esencial a la Ley y a los poderes públicos. De ahí que cuando se regula mediante una norma un tratamiento desigual en materia retributiva, las diferencias necesariamente han de tener una justificación objetiva y razonable para resultar conformes con la CE. La obligación que tienen los poderes públicos de garantizar la efectividad del principio de igual retribución por trabajos, no solo iguales, sino de igual valor, resulta actualmente indiscutible (STC 112/2017 de 16-10-2017).

De manera más concreta, en el ordenamiento jurídico-laboral español, el principio de igualdad retributiva por trabajo de igual valor se regula en el artículo 28 del ET (en adelante ET): "El empresario está obligado a pagar por la prestación de un trabajo de igual valor la misma retribución, satisfecha directa o indirectamente, y cualquiera que sea la naturaleza de la misma, salarial o extrasalarial, sin que pueda producirse discriminación alguna por razón de sexo en ninguno de los elementos o condiciones de aquélla"[5].

Dando un gran salto cronológico y ante una regulación legal insuficiente, un nuevo intento de corregir esta situación ha sido el mencionado RDL 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación[6], cuyo preámbulo reconoce que su elaboración es una especie de complemento, o actualización de Ley Orgánica 3/2007 Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres[7], que a su vez, intentó evitar que pasasen desapercibidas formas de discriminación debidas a la mayor dedicación de las mujeres a los cuidados familiares, y reforzó los derechos orientados a fomentar una mayor corresponsabilidad de los hombres en las obligaciones familiares.

Como dijo CASAS BAAMONDE, el favorecimiento legal de la reducción y apartamiento del trabajo y por ello del salario y la feminización de los derechos de conciliación son una nueva forma de discriminación a la mujer[8], y

5 De esta forma el precepto estatutario incorpora los criterios que ha venido fijando el TJCE a propósito del alcance de la igualdad retributiva entre trabajadores de uno y otro sexo (un compendio de la doctrina del TJCE puede verse en la Sentencia de 26-6-2001).

6 BOE 7-3-2019. Sobre ello vid., entre otros, BALLESTER PASTOR, M.ª.: "El RDL 6/2019 para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación: dios y el diablo en la tierra del sol", *Femeris. Revista Multidisciplnar de Estudios de Género*, número 2, volumen 4, 2019, págs. 15-18.

7 BOE 23-3-2007

8 CASAS BAAMONDE, M.E.; "Tiempo de trabajo: formas de organización flexible del trabajo y derechos de las personas trabajadoras. control del tiempo de trabajo y tiempo de vida privada", *Actum Social*

recientemente, el propio Tribunal Constitucional en sentencia de 16 noviembre de 2020, referida a un asunto sobre reducción de jornada por guarda legal, nos recuerda que los datos estadísticos demuestran que es una institución jurídica que afecta predominantemente al sexo femenino y es una discriminación existente[9].

En definitiva, esta situación de desigualdad, visible en la brecha salarial exige una actuación urgente y necesaria por parte del Estado, puesto que la mitad de la población está sufriendo una fuerte discriminación y está viendo afectados sus derechos fundamentales, y es una consecuencia directa de otras brechas que tienen lugar igualmente en el mercado de trabajo, y que están vinculadas con la situación de patente desigualdad de la mujer en el mismo.

III. SITUACIÓN ACTUAL DEL CONCEPTO LEGAL DE SALARIO A EFECTOS DE DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO EN ESPAÑA

En este apartado se expondrán, si bien de forma breve dada la extensión del trabajo, las novedades más importantes para hacer efectivo el principio de igualdad retributiva entre hombres y mujeres y la nueva regulación del artículo 28 del ET.

3.1. Novedades del Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación

Según establece el artículo 28 del ET apartado primero, "un trabajo tendrá igual valor que otro cuando la naturaleza de las funciones o tareas efectivamente encomendadas, las condiciones educativas, profesionales o de formación exigidas para su ejercicio, los factores estrictamente relacionados con su desempeño y las condiciones laborales en las que dichas actividades se llevan a cabo en realidad sean equivalentes".

Si bien la máxima de "igual salario por igual trabajo" se superó al menos formalmente por el criterio de "igual salario por trabajo del mismo valor ", hace

nº 143. Monográfico 2019, EDA 2019/513082.

9 TC (Sala Segunda), sentencia núm. 168/2020 de 16 noviembre (JUR 2020\349820). De la misma forma, TC (Sala Pleno), sentencia núm. 129/2020 de 21 septiembre (RTC 2020\129); TC (Sala Pleno), sentencia núm. 128/2020 de 21 septiembre (RTC 2020\128); TC (Sala Pleno), sentencia núm. 124/2020 de 21 septiembre (RTC 2020\124); TC (Sala Pleno), sentencia núm. 120/2020 de 21 septiembre; STC 111/2018, de 17 de octubre de 2018 (BOE 20-11-2021) referida la igualdad y necesaria corresponsabilidad.

veintiséis años con el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores [10]y que anteriormente la jurisprudencia a través de la Sentencia del Tribunal Constitucional 145/1991, de 1 de julio[11] ya había fijado: la "aplicación del criterio *igual salario por igual trabajo* no requiere que el desempeño de un trabajo sea exactamente igual para recibir el mismo salario, sino que el desempeño del trabajo debe ser de igual valor, ya que la prohibición de la discriminación no sólo se extiende sobre las discriminaciones directas, sino también sobre aquellas indirectas, que son las que pueden crear la apariencia formal de que no otorgan un trato discriminatorio pero que en realidad resultan en un tratamiento menos favorable y diferenciado respecto a ciertos colectivos, como el de la mujer en este caso"[12].

Esta obligación empresarial se ha complementado con otras dos medidas con la finalidad de equiparación salarial y lucha contra la brecha de género:

a) Un mandato al empresario: llevar un registro de los valores medios de los salarios, complementos y percepciones extrasalariales, desagregados por sexo y distribuidos por grupos profesionales, categorías profesionales o puestos de trabajo iguales o de igual valor. Y las personas trabajadoras a través de sus representantes puede acceder a ese registro (artículo 28.2 ET).

b) Una limitación: las empresas con al menos cincuenta trabajadores, si el promedio de salarios de un sexo supera a los del otro en un 25% o más, deberán incluir en el registro la justificación de que esa diferencia no está basada en motivos de discriminación por sexo (artículo 28.3 ET).

No obstante, como se insiste, el gran reto pendiente de la discriminación retributiva por razón de sexo sigue siendo la discriminación indirecta por incorrecta valoración de los puestos de trabajo, por lo que, finalmente, se publica el Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre, de igualdad retributiva entre hombres y mujeres, al que nos referiremos a continuación.

10 BOE 29-3-1995

11 Sentencia del Tribunal Constitucional número 145/1991, de 1 de julio (recurso 1991/145). Publicada en el BOE número 174, el 22 de julio de 1991 STC 112/2017 de 16 de octubre de 2017.

12 NOGUEIRA GUSTAVINO, M., "el principio de igualdad y no discriminación en las relaciones laborales: perspectiva constitucional reciente". LAN HERMANAK /25, 2012. págs. 19-52.

3.2. Novedades del Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre, de igualdad retributiva entre mujeres y hombres

Lo que reclama fundamentalmente la citada norma es el principio de transparencia, que define como aquel que aplicado a los diferentes aspectos que determinan la retribución de las personas trabajadoras y sobre sus diferentes elementos, permite obtener información suficiente y significativa sobre el valor que se le atribuye a dicha retribución.

La transparencia en esta materia se articula a través de los siguientes instrumentos; el registro retributivo, la auditoría retributiva, el sistema de valoración de puestos de trabajo, y el derecho de información de las personas trabajadoras. Además, este principio de transparencia afecta a todas las empresas, sin tener en cuenta la cantidad de trabajadores que formen parte de ellas y, a su vez, a todos los convenios colectivos.

3.2.1 Trabajo de igual valor

De acuerdo con lo establecido en el ET, el Real Decreto 902/2020 trata de dar un significado específico a cada una de estas características del trabajo de igual valor:

"a) Se entiende por naturaleza de las funciones o tareas el contenido esencial de la relación laboral, tanto en atención a lo establecido en la ley o en el convenio colectivo como en atención al contenido efectivo de la actividad desempeñada.

b) Se entiende por condiciones educativas las que se correspondan con cualificaciones regladas y guarden relación con el desarrollo de la actividad.

c) Se entiende por condiciones profesionales y de formación aquellas que puedan servir para acreditar la cualificación de la persona trabajadora, incluyendo la experiencia o la formación no reglada, siempre que tenga conexión con el desarrollo de la actividad.

d) Se entiende por condiciones laborales y por factores estrictamente relacionados con el desempeño aquellos diferentes de los anteriores que sean relevantes en el desempeño de la actividad."

3.1.2. Registro retributivo:

El citado Real Decreto de 2020 es el desarrollo reglamentario de la obligación de registro retributiva que afecta a todas las empresas (artículo 28.2 ET), aplicándosele a toda la plantilla, incluido personal directivo y altos cargos.

Esta medida es la primera que se regula en el ordenamiento jurídico-laboral español, y se crea para intentar paliar el problema de la poca existencia de información disponible dentro de las empresas sobre el nivel de los trabajadores que realizan una misma función[13].

Para que este registro sea efectivo debe distribuir los trabajos de igual valor, y posteriormente incluir la siguiente información: a) Los valores medios de los salarios; b) los complementos salariales; c) las percepciones extrasalariales; d) los datos desagregados por sexo

De esa manera, se obtiene un estudio pormenorizado sobre la media salarial de cada grupo o perfil de trabajadores existentes en dicha empresa, pudiendo advertir rápidamente si se produce la referida brecha salarial. Así, el Registro es importante para la constatación y la prueba ante prácticas por parte de la empresa que materialicen, o que mantengan la brecha salarial. En consecuencia, se trata de identificar discriminaciones, tanto directas como indirectas, lo que concurre cuando desempeñado un trabajo de igual valor, se perciba una retribución inferior sin que dicha diferencia pueda justificarse objetivamente.

El registro debe cumplir los siguientes requisitos: incluir a toda la plantilla (incluido personal directivo y altos cargos); registrar información fiel y actualizada; el registro debe ser del año natural (con carácter general); documentado en el formato establecido en las páginas web oficiales del Ministerio de Trabajo y Economía Social y del Ministerio de Igualdad, y debe incluir datos promediados y desglosados, de forma alternativa, esto es: a) valores medios del salario base, complementos salariales y percepciones extrasalariales desagregados por sexos; b) media aritmética y mediana de lo realmente percibido en función del sistema de clasificación (grupo/categoría/nivel/puesto); c) en caso de empresas con obligación de auditoría retributiva (con más de 50 empleados) deberá incluir también las medias aritméticas y las medianas de las agrupaciones de los trabajos

13 GOÑI SEIN, J., "La reducción de la brecha salarial de género a través de la transparencia y el registro salarial" en AA.VV. (Dir. RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B.), La discriminación de la mujer en el trabajo y las nuevas medidas legales para garantizar la igualdad de trato en el empleo, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2020, pág. 101.

de igual valor en la empresa, aunque pertenezcan a diferentes apartados de la clasificación profesional, desglosados por sexo y desagregados, e incluir la justificación cuando la media aritmética o la mediana de las retribuciones totales en la empresa de las personas trabajadoras de un sexo sea superior a las del otro en, al menos, un veinticinco por ciento (art. 28.3 ET).

Una de las dudas que se plantea es determinar qué valor adquieren para el registro salarial, los conceptos retributivos que no tienen naturaleza ni salarial ni extrasalarial. En este sentido, existen convenios colectivos que regulan, por ejemplo, prestaciones sociales complementarias, en este caso, no queda claro si se deben incluir o no, en el registro salarial. Desde nuestro punto de vista, y defendiendo el concepto amplio de retribución regulado en el artículo 26 del ET, está claro que tales prestaciones deben incluirse en el registro retributivo.

No existe duda sobre que los trabajadores a tiempo parcial tienen los mismos derechos, incluidos los retributivos, que las personas trabajadoras a tiempo completo; el principio de proporcionalidad en las retribuciones percibidas resultará de aplicación cuando lo exijan la finalidad, o naturaleza de éstas, y así se establezca por una disposición legal, reglamentaria, o por convenio colectivo. Y como se ha dicho en las brechas indirectas de la retribución, cualquier reducción proporcional deberá garantizar, a su vez, que no tenga repercusión negativa alguna en el disfrute de los derechos relacionados con la maternidad y el cuidado de menores, o personas dependientes. Por ello es necesario que los registros de los datos salariales de las personas con contratos a tiempo parcial, o con reducciones de jornada por cuidado de familiares se deberían elevar al 100% a efectos de reducir desviaciones. Por lo que se requiere incorporar otra variable para este supuesto a valorar como los salarios diarios percibidos por las personas trabajadoras, y por los días en situación de alta en el periodo temporal referido[14].

Hay que resaltar que el Real Decreto 902/2020, no señala cómo se procesa la información, es decir, cómo se analiza, qué indicadores se deben fijar con relación a la información que proporcionan las variables, así como la metodología a aplicar. Bajo este contexto, la técnica estadística podría ser una herramienta

14 GARCÍA PÉREZ, M., "Los reglamentos en materia de igualdad de trato entre sexos en el trabajo: novedades y cuestiones para la reflexión", *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, núm. 453, 2020, pág. 152. En este sentido también, KAHALE CARRILLO, D.: "Los instrumentos de transparencia retributiva entre mujeres y hombres", *Revista Española de Derecho del Trabajo,* num.240/2021, Editorial Aranzadi, S.A.U. (BIB 2021\2426), pág. 20.

idónea para realizar el estudio, que permitirá obtener conclusiones objetivas en cuanto a la existencia de desigualdades o discriminaciones[15].

3.1.3. Registro retributivo de las empresas con auditoría retributiva

Las empresas que lleven a cabo auditorías tendrán un registro retributivo con las siguientes peculiaridades:

- Deberán reflejar las medias aritméticas y las medianas de las agrupaciones de los trabajos de igual valor en la empresa, conforme a los resultados de la valoración de puestos de trabajo, aunque pertenezcan a diferentes apartados de la clasificación profesional, desglosados por sexo y desagregados.
- El registro deberá incluir la justificación, cuando la media aritmética o la mediana de las retribuciones totales en la empresa de las personas trabajadoras de un sexo sea superior a las del otro en, al menos, un 25%. Dicha justificación responde a motivos no relacionados con el sexo de las personas trabajadoras, pues no se exige a las empresas de menos de 50 personas trabajadoras, que representan una gran mayoría en España. Una diferencia superior o igual al 25% puede arrojar un sesgo en función de género en las retribuciones recibidas por la plantilla y permite, a su vez, adoptar las medidas necesarias para asegurar la aplicación del principio de transparencia retributiva. Sin embargo, la percepción de una diferencia mayor o menor de aquel porcentaje no conlleva a que se esté presente ante una situación de discriminación, dado que puede "revelar la pervivencia de estereotipos de género y, por consiguiente, de una situación socialmente injusta", que es ajena a la empresa[16].

3.1.4. Auditoría retributiva

La auditoría retributiva tiene por objeto obtener la información necesaria para comprobar si el sistema retributivo de la empresa, de manera transversal y completa, cumple con la aplicación efectiva del principio de igualdad entre

15 KAHALE CARRILLO, D.: "Los instrumentos de transparencia retributiva entre mujeres y hombres", cit.pág. 21.

16 MARTÍNEZ MORENO, C.: *Brecha salarial de género y discriminación retributiva: causas y vías para combatirla*, Bomarzo, Albacete, 2019, pág. 18.

mujeres y hombres en materia de retribución. Además, deberá permitir definir las necesidades para evitar, corregir y prevenir los obstáculos y dificultades existentes, o que pudieran producirse en aras a garantizar la igualdad retributiva, y asegurar la transparencia y el seguimiento de dicho sistema retributivo.

En la misma línea, según la Disposición Transitoria Única de este Real Decreto 902/2020, las obligaciones que incluye en materia de auditoría salarial se aplicarán de la misma forma que los planes de igualdad. La vigencia de la auditoría será la del plan de igualdad del que forma parte (salvo que se disponga otra inferior). La puesta en marcha por parte de las empresas de las Auditorias Retributivas seguirá la misma aplicación paulatina que para la aplicación de los Planes de Igualdad[17].

La auditoría retributiva implica las siguientes obligaciones para la empresa:

a) Realización del diagnóstico de la situación retributiva en la empresa.

b) Establecimiento de un plan de actuación para la corrección de las desigualdades retributivas: con determinación de objetivos, actuaciones concretas, cronograma y persona, o personas responsables de su implantación y seguimiento. El plan de actuación deberá contener un sistema de seguimiento y de implementación de mejoras a partir de los resultados obtenidos.

Por lo demás, el legislador no señala las normas y los procedimientos que se deben llevar a cabo, y no indica el perfil del profesional auditor[18], los cuales, son temas importantes que se dejan sin resolver de momento.

3.1.5. *El sistema de valoración de puestos de trabajo de la clasificación profesional contenida en la empresa.*

Los convenios colectivos deberán incluir una valoración de la clasificación profesional dirigida a que la definición de los grupos profesionales se ajuste a criterios y sistemas que aseguren la ausencia de discriminación directa e indirecta entre mujeres y hombres. Esta valoración de la clasificación profesional conlleva

17 Periodo transitorio para el establecimiento de los Planes de Igualdad: Empresas entre 151 a 250 trabajadores: A partir del 7/3/2020.Empresas entre 101 a 150 trabajadores: A partir del 7/3/2021. Empresas de 50 a 100 trabajadores: A partir del 7/3/2022.

18 GARCÍA PÉREZ, M.: "Los reglamentos en materia de igualdad de trato entre sexos en el trabajo: novedades y cuestiones para la reflexión", *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, núm. 453, 2020, pág. 153.

la descripción de cuáles son los factores y condiciones concurrentes en cada uno de los grupos y niveles profesionales, que deberán respetar los criterios de adecuación, totalidad y objetividad.

La adecuación implica que los factores relevantes en la valoración deben ser aquellos relacionados con la actividad y que efectivamente concurran en la misma, incluyendo la formación necesaria. La totalidad implica que, para constatar si concurre igual valor, deben tenerse en cuenta todas las condiciones que singularizan el puesto del trabajo, sin que ninguna se invisibilice o se infravalore. La objetividad implica que deben existir mecanismos claros que identifiquen los factores que se han tenido en cuenta en la fijación de una determinada retribución y que no dependan de factores o valoraciones sociales que reflejen estereotipos de género[19].

3.1.6. Justificación de las diferencias retributivas

Según el artículo 28.3 del ET en el caso de que existan diferencias en el promedio de las retribuciones entre un sexo y el otro, en una cantidad igual o superior al veinticinco por ciento, la empresa estará obligada a adjuntar una explicación o justificación del motivo de la existencia de dicha diferencia, a excepción de aquellas que no igualen o superen el número cincuenta de trabajadores. En estas situaciones, si las empresas no son capaces de justificar estas diferencias salariales, y de probar que las mismas no son imputables a una razón de género, se les sancionará por el incumplimiento de la referida legislación, y se impondrán una sanción económica.

Esta consecuencia puede derivar tanto de la acción administrativa como de la judicial según el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social[20] (LISOS), estas sanciones podrán incluso imponerse por concurrencia de discriminación. Para la calificación del tipo de sanción que procede imponer, encontramos su justificación en el artículo 7.13 de la LISOS: "*No cumplir las obligaciones que en materia de planes y medidas de igualdad establecen la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, el*

19 MARTÍNEZ-BOTELLO, P.: "EL Registro Retributivo. Una herramienta para paliar la brecha salarial entre mujeres y hombres", *Revista Aranzadi Doctrinal* num.3/2021, Editorial Aranzadi, S.A.U. (BIB 2021\1235), pág. 5.

20 BOE 8-8-2000

Estatuto de los Trabajadores o el convenio colectivo que sea de aplicación.". Y, por lo tanto, al tratarse de una infracción grave, la sanción que procede imponer, de acuerdo con el artículo 40.1.b) del mismo texto legal, será la de calificación grave, y con una cuantía que oscilará entre los 626 euros como mínimo y los 6.250 euros como máximo.

Como se ha dicho, existe la posibilidad de que la anterior infracción concurra además con una situación de discriminación. La LISOS califica esta situación como una infracción muy grave en su artículo 8.12: "*Las decisiones unilaterales de la empresa que impliquen discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de edad o discapacidad o favorables o adversas en materia de retribuciones, jornadas, formación, promoción y demás condiciones de trabajo, por circunstancias de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa o lengua dentro del Estado español, así como las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación.*". En este caso la sanción que marca el artículo 40.1.c) de la LISOS es que la cuantía oscilará entre los 6.251 euros como mínimo y los 187.515 euros como máximo.

Si bien es cierto, estas sanciones solo podrán ser impuestas si existe previamente una instrucción que se ajuste al procedimiento administrativo especial de dicha materia, como consecuencia de la propuesta de la Inspección de Trabajo y Seguridad social.

La competencia para imponer dichas sanciones corresponderá de acuerdo con el artículo 48.1 de la LISOS al órgano competente en el ámbito de la Administración General del Estado, y de acuerdo con el artículo 48.2 de la LISOS, esta competencia, en el ámbito de las Comunidades Autónomas, se ejercerá por los órganos que determine cada Comunidad Autónoma. Y en el supuesto de que exista la concurrencia de distintas infracciones y haya que imponer sanciones accesorias, el artículo 48.3 de la LISOS sostiene que la competencia en este caso la mantendrá quien fuera el competente para imponer las sanciones de carácter principal.

Por su parte, la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social[21], incluye, en su caso, el procedimiento de oficio establecido en el artículo 148.c) de aquella, es decir, de las actas de infracción o comunicaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social acerca de la constatación de una discriminación por razón de sexo, y en las que se recojan las bases de los perjuicios estimados para el trabajador a los efectos de la determinación de la indemnización correspondiente. De igual manera, se iniciará el procedimiento como consecuencia de las correspondientes comunicaciones y a los mismos efectos en los supuestos de discriminación por razón de origen racial o étnico, religión y convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual u otros legalmente previstos.

3.1.7. Derecho de información de las personas trabajadoras.

Con el objetivo de comprobar que la definición de los grupos profesionales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 22.3 del ET, se ajusta a criterios y sistemas que garantizan la ausencia de discriminación directa e indirecta entre mujeres y hombres, y la correcta aplicación del principio de igualdad de retribución por trabajos de igual valor, las mesas negociadoras de los convenios colectivos deberán asegurarse de que los factores y condiciones concurrentes en cada uno de los grupos y niveles profesionales respetan los criterios de adecuación, totalidad y objetividad, y el principio de igual retribución para puestos de igual valor.

Según las directrices de la Recomendación de la Comisión, de 7 de marzo de 2014, el Real Decreto 902/2020 refuerza el derecho a la información de las personas trabajadoras permitiéndoles el acceso a la información retributiva desglosada y promediada en todas las empresas, y no solo en aquellas con al menos cincuenta trabajadores. El citado Real Decreto lo contempla, en el artículo 5, al establecer que el registro retributivo tiene por objeto garantizar la transparencia en la configuración de las percepciones, de manera fiel y actualizada, y un adecuado acceso a la información retributiva de las empresas, al margen de su tamaño, mediante la elaboración documentada de los datos promediados y desglosados.

En las empresas que cuenten con representación legal de los trabajadores, el acceso del trabajador al registro se facilitará por la empresa a través de la citada representación, teniendo derecho al contenido íntegro del registro. Todo en conexión con el artículo 64 del ET al disponer que aquellos tendrán derecho

21 BOE 11-10-2011.

a recibir información, al menos cada año, sobre lo relacionado a la aplicación del derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, en la que deberá incluirse el registro salarial y los datos sobre la proporción de mujeres y hombres en los diferentes niveles profesionales; así como, en su caso, sobre las medidas que se hubieran adoptado para fomentar la igualdad entre mujeres y hombres en la empresa y, de haberse establecido un plan de igualdad, sobre la aplicación del mismo. También en este sentido se pronuncia el artículo 5.3 del Real Decreto 902/2020, al establecer que "*en las empresas que cuenten con representación legal de las personas trabajadoras, el acceso al registro se facilitará a las personas trabajadoras a través de la citada representación, teniendo derecho aquellas a conocer el contenido íntegro del mismo".*

Y el citado precepto también determina qué información debe facilitar la empresa en el caso de que sea el propio trabajador quien solicite el acceso al registro, si no existe representación legal de los trabajadores*: "Cuando se solicite el acceso al registro por parte de la persona trabajadora por inexistencia de representación legal, la información que se facilitará por parte de la empresa no serán los datos promediados respecto a las cuantías efectivas de las retribuciones que constan en el registro, sino que la información a facilitar se limitará a las diferencias porcentuales que existieran en las retribuciones promediadas de hombres y mujeres, que también deberán estar desagregadas en atención a la naturaleza de la retribución y el sistema de clasificación aplicable* ".

Como se ha dicho, aquella medida mejora la competencia y capacidad de intervención de los representantes de las personas trabajadoras al tener información plena del registro salarial, como ya se ha apuntado, con los valores medios de los salarios, los complementos salariales y las percepciones extrasalariales de su plantilla, desagregados por sexo y distribuidos por grupos profesionales, categorías profesionales o puestos de trabajo iguales o de igual valor[22].

Cuando no exista representación legal de los trabajadores la información se facilitará al empleado que lo solicite. En estos casos la información que se facilitará por parte de la empresa, no serán los datos promediados respecto a las cuantías efectivas de las retribuciones que constan en el registro, sino que la información a facilitar se limitará a las diferencias porcentuales que existieran en las retribuciones promediadas de hombres y mujeres, que también deberán

22 KAHALE CARRILLO, D.: "Los instrumentos de transparencia retributiva entre mujeres y hombres", cit. pág. 26.

estar desagregadas en atención a la naturaleza de la retribución y el sistema de clasificación aplicable. Y, en cualquier caso, se entiende por el derecho a la protección de los datos personales, que un trabajador no podrá acceder al registro retributivo para conocer los salarios de todos sus compañeros concretos, con nombres y apellidos; el objetivo del registro retributivo no es ese, sino mostrar en términos porcentuales las diferencias de salarios entre mujeres y hombres.

IV. ANÁLISIS DE CRITERIOS DE DISCRIMINACIÓN QUE INCIDEN EN LA RETRIBUCIÓN DE LAS MUJERES

Como hemos señalado, el ordenamiento jurídico arbitra el principio de igual retribución por trabajo de igual valor, y que de la misma forma implica a la negociación colectiva, su eficacia normativa le hace "incardinarse en el sistema de fuentes y debe someterse a las normas de mayor rango jerárquico, al cuadro de derechos fundamentales, y en concreto, a las exigencias derivadas del derecho a la igualdad"[23]. Además, se constituye la vía más eficaz para terminar con prácticas discriminatorias en materia retributiva.

Por otro lado, la posibilidad de establecer diferencias salariales en un convenio colectivo hay que ponerlo en relación directa con el reconocimiento constitucional de otros derechos[24]. Estos son el derecho a la negociación colectiva, a la autonomía colectiva, y a la libertad de ámbitos de negociación que permiten a los sujetos negociadores la libre fijación del contenido de los convenios colectivos[25].

Así las cosas, cuando el convenio colectivo regula distintas condiciones salariales deben verificarse si existe una justificación objetiva y razonable[26]. Las

23 TC 136/1998 de 29.6; 177/1988 de 14.9; 171/1989, de 19.10; 2/1998, de 12.1; 62/2008 de 26 mayo.

24 En este sentido, TC 52/1987, de 3.6 y 119/2002, de 20.5. Un comentario sobre esta última sentencia, vid. GARCÍA- PERROTE ESCARTÍN, I. Y MERCADER UGUINA, J.R: "Apuntes jurisprudenciales sobre "dobles escalas salariales".
La STC 119/2002, como telón de fondo", *RDTSS*, núm.13 (2003), págs. 8 a 11; MIÑARRO YANINI, M.: "La modulación del principio "a igual trabajo, igual salario"", *Tribuna Social*, núm. 148 (2003), págs. 52 y sigs.
En la jurisprudencia ordinaria, véase TS/SOC 27.9.2004, núm.rec. 4506/2003 (Actualidad Laboral BD 567206/2005); TS/SOC 13.10.2004, núm. rec. 132/2003 (Actualidad Laboral BD 541331/2005).

25 TC 177/1988, de 10.10; 171/1989, de 19.10; 28/1992, de 9.3. En la jurisprudencia ordinaria, véase, TS/SOC 17.5.2000 (Ar. 5513); 19.3.2001 (Ar. 3388).

26 TC 17/2003, de 30.1 (BOE 5.3.2003). En la jurisprudencia, TS/SOC 18.3.2004, núm. rec.

diferencias de trato en las condiciones de trabajo establecidas en convenio colectivo deben ser razonables, de acuerdo con los valores e intereses que deben tenerse en cuenta en este ámbito, y entre las que figuran la clase de trabajo prestado, el rendimiento de este, la capacidad económica de la empresa[27], la fuerza contractual, o capacidad negociadora de los contratantes, el encuadramiento en niveles retributivos distintos[28] o la realización de funciones laborales distintas[29].

Si embargo, a lo largo de los años se ha visto que los convenios colectivos han establecido criterios salariales que han afectado de manera muy especial a las mujeres y sus condiciones precarias en el mercado laboral, de ahí que el registro retributivo va a ser un instrumento de gran incidencia en la regulación de convenios colectivos para evitar las diferencias salariales.

4.1. La duración del contrato: diferencias salariales entre trabajadores fijos y temporales

La temporalidad en la contratación es un criterio que incide notablemente en la mujer, y en principio, el tipo de contrato como único motivo no justifica las diferencias retributivas entre los trabajadores cuando están dentro del ámbito del convenio o, asimismo, se les excluye del mismo con tal motivo (artículo 15.6 del ET modificado por la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad)[30].

A través de los convenios colectivos no se pueden establecer diferencias retributivas para el mismo trabajo o trabajo de igual valor, que tengan como

23/2003 (Actualidad Laboral BD 12148/2004); TS/SOC 26.4.2004, núm. rec. 4480/2002 (BD 540249/2005), entre otras sentencias.

27 TS/SOC 22.7.1997 (Ar. 5710).

28 TSJ Madrid 3.12.1993 (Ar. 166), entre otras.

29 En la jurisprudencia ordinaria, TS/SOC 8.2.2003, núm. rec. (Actualidad Laboral BD). Asimismo, a nivel judicial, entre otras, TSJ País Vasco 2.2.1993 (Ar. 1082).

30 BOE 10.7. 2001. Sobre esta reforma, entre otros, AA.VV (SEMPERE NAVARRO, A.V.) *Análisis de la Ley 12/2001, de 9 de julio (La Reforma Laboral de 2001)*, Navarra, Aranzadi, 2001; RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M., VALDÉS, F. y CASAS, Mª. E., "La Ley 12/2001 y la consolidación de la reforma del mercado de trabajo <para el incremento del empleo y la mejora de su calidad", *Relaciones Laborales*, núm. 17 (2001), págs. 1-18; MOLINA NAVARRETE, C., "El último capítulo de la primera fase de la reforma del mercado de trabajo: puntos críticos de la Ley 12/2001, de 9 de julio", *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, núm. 221-222 (2001), págs. 83-164; CARDENAL CARRO, M., "Del Real Decreto-Ley 5/ 2001 a la Ley 12/ 2001", *Aranzadi Social*, núm. 8 (2001), pág. 9-17.

único o principal fundamento el tipo de contrato utilizado sin más justificación o, simplemente, la temporalidad del vínculo que les une con otra empresa: "la modalidad de adscripción no puede por sí misma, justificar el distinto tratamiento retributivo de estos dos grupos de trabajadores (fijos y temporales) ya que su impacto o resultado destruye la proporcionalidad derivada de la duración de los respectivos contratos, proporcionalidad que es uno de los aspectos de la igualdad. Se hace así de peor condición artificiosamente a quienes ya lo son por la eventualidad en el empleo intensificando su situación menesterosa, con lo que, en definitiva, se enmascara una infravaloración de su trabajo (...). En resumidas cuentas, no se ve en este caso más factor diferencial que el meramente temporal, la duración, insuficiente como fundamento de la menor retribución"[31].

Es cierto que no dándose estas circunstancias pueden fijarse salarios distintos sin vulnerar el principio de igualdad. Es el caso de los complementos personales que como resulta obvio están vinculados a circunstancias que afectan a los trabajadores de modo individualizado, y no conjuntamente a todos ellos. Además, no puede descartarse la posibilidad de variación de las condiciones personales en el futuro, de lo contrario, supondría desconocer las posibilidades de evaluación y progreso personal[32], pero que efectivamente inciden de forma negativa en las mujeres por su tardía incorporación en el mercado laboral y por su apartamiento para el cuidado de hijos. Este principio de igualdad de trato a los trabajadores temporales será sustituido por una aplicación de la proporcionalidad en función del tiempo trabajado en aquellos casos en que la naturaleza del derecho o condición laboral así lo requiera[33].

---

31 Se considera discriminatorio el establecimiento de remuneraciones diferentes entre trabajadores fijos y temporales por considerarse tratar desigualmente a los iguales con intención o finalidad discriminatoria, conduciendo a la desigualdad irracional, sin que por ello se vulnere el principio de autonomía de la voluntad: TC 52/1987, de 7.5; TC 177/1993, de 31.5, entre otras. En la jurisprudencia, véase, TS/SOC 15.7. 1995 (Ar. 6261); TS/SOC 17.7.95 (Ar.6264); TS/SOC 22.1.1996 (Ar.118); TS/SOC 28.7.1997 (Ar. 6570); TS/SOC 19.3.2001 (Ar. 3388); TS/SOC 26.4.2004 (Ar. 4707); TS/SOC 19.7.2004, núm. rec. 90/2003 (Actualidad Laboral BD 24/2005). En el ámbito judicial, TSJ Aragón 6.3.1997 (Ar. 989).
Sobre el tema en la doctrina véase, MERCADER UGUINA, J.R.: *Modernas tendencias en la ordenación salarial. La incidencia sobre el salario de la reforma laboral,* Aranzadi, 1996, págs. 78 a 86. Sobre concretas diferencias retributivas que los tribunales han considerado que la regulación convencional vulnera el principio de igualdad, vid. AA.VV: *Salario 2002-2003*, Memento Práctico, editorial. Francis Lefebvre, 2001, pág. 133.

32 TS/SOC 18.10.1996 (Ar. 8038).

33 Sobre ello véase, AA.VV: "Cuestiones generales", *Los contratos de trabajo temporales*, (Dir. SEMPERE NAVARRO, A.V.), Navarra, Aranzadi, 2004, págs. 54 a 57.

En concreto, el complemento de antigüedad lógicamente no se podrá cobrar hasta que el trabajador lleve un tiempo en la empresa. El artículo 15.6 ET no deja margen de diferenciación en función de la temporalidad del vínculo[34]. En este sentido, entendemos que no puede ser legal una regulación convencional en la que se establezca, sin más, un criterio de antigüedad distinto para el personal temporal y fijo[35], sobre todo cuando afecta principalmente a las mujeres, y que no sólo afecta a conceptos salariales sino también a los planes y fondos de pensiones[36].

Hay que respetar los imperativos legales entre los que se encuentran el principio de igualdad y no discriminación, que impiden expulsar del convenio colectivo a aquellos grupos de trabajadores que por la precariedad de su empleo o por la modalidad de su contrato de trabajo, carecen de poder negociador por sí solos[37].

4.2. La jornada de trabajo: diferencias salariales entre trabajadores a tiempo parcial y trabajadores a tiempo completo

El contrato de trabajo se considerará celebrado a tiempo parcial cuando se haya acordado la prestación de servicios durante un número de horas al día, a la semana, al mes o al año, inferior a la jornada de trabajo de un trabajador a tiempo completo comparable (artículo 12.1 del ET). En materia salarial este menor número de horas se debe regir igualmente por el principio de proporcionalidad[38]. Los acuerdos de proporcionalidad que se adoptan a tal fin salvan la manifiesta desigualdad que supondría retribuir con el mismo salario a trabajadores que aun teniendo la misma cualificación y mismo cometido funcional[39], no se

34 TS /SOC unif. doctr. 23.10.2002 (Ar. 10916); 10.11.2002 (Art. 1197).
A nivel doctrinal, entre otros, MONTOYA MELGAR, A., GALIANA MORENO, J.M., SEMPERE NAVARRO, A.V., RÍOS SALMERÓN, B.: *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores,* Navarra, Aranzadi, 2005, pág. 174.

35 Como por ejemplo se da en los siguientes Convenio Colectivo de la Industria azucarera, artículo 23 (BOE 5.2.2018); Convenio Colectivo empresa "Unilever Foods Industrial España", artículo 20 (BOB 23.9.2019).

36 TS/SOC 26.1.993 (Ar. 270). Sobre las numerosas y concretas diferencias retributivas que los tribunales han considerado que no vulneran el principio de igualdad, vid. AA.VV: *Salario 2002-2003,* cit. pág. 133-134.

37 TC 73/1984, de 27.6; TC 52/1987, de 3.6; 177/1993, de 31.5. En la jurisprudencia ordinaria, véase entre otras TS/SOC 27.11.1991 (Ar. 8420); 23.1.1991 (Ar.174); 30.12.1992 (Ar 10380); 7.7.1995 (Ar 5483); TC 136/1987, de 22.7.

38 En este sentido, entre otras, TS/SOC 22.6.2004, núm. rec. 157/2003 (Actualidad Laboral BD 78/2005).

39 TS/SOC 13.5.1991 (Ar. 3909)

rigen por la misma jornada. En este sentido, además, se ha demostrado que la contratación a tiempo parcial "es el ámbito al que se incorpora en mayor medida la mujer con responsabilidades familiares"[40].

4.3. La fecha de contratación: "Las dobles escalas salariales"

Otro mecanismo que se ha utilizado en la negociación colectiva en perjuicio indirecto a las mujeres es la denominada doble escala salarial consiste en establecer salarios inferiores para los trabajadores de nueva contratación respecto a los que ya están en servicio, manteniéndose en unos casos la diferencia de forma permanente y en otros restableciéndose una vez transcurridos un determinado espacio de tiempo, dos o tres años[41]. Efectivamente, determinados convenios colectivos han regulado las llamadas "dobles escalas salariales", que consiste básicamente en la fijación de unas retribuciones inferiores a los trabajadores de nuevo ingreso respecto de aquellos que ya estaban contratados en la empresa con anterioridad[42].

La aplicación del principio constitucional de igualdad exige que cuando el convenio colectivo regula distintas condiciones salariales por la fecha de ingreso debe verificarse si existe una justificación objetiva y razonable[43]. Si es así ha de constatarse si la medida desigual adoptada por los negociadores es proporcio-

40 TC 177/1993, de 31.5; 22/1994, de 27.1; RIVAS VALLEJO, P.: "Igualdad de remuneración por razón de sexo (artículo 28 ET)", en AAVV, *Salario y tiempo de trabajo en el ET (De 1980 a 2005),* Madrid, CEF, 2005, pág. 140.

41 Para una caracterización de las dobles escalas salariales, puede verse, entre otros, SEMPERE NAVARRO, A.V.: "Legitimidad de las dobles escalas salariales en función de la antigüedad o fecha de ingreso en la empresa (BIB 1997, 839)", *Aranzadi Social*, núm. 12, (1997). Más recientemente, VIVERO SERRANO, J.B.: *La doble escala salarial por la fecha de contratación en la negociación colectiva y el principio de igualdad*, comunicación presentada al XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Lleida, 2004. MERCADER UGUINA, J.M.: *Modernas tendencias en la ordenación salarial*, cit., págs. 115-116.

42 Ejemplo de ello, el I CC de Iberdrola Grupo (BOE 26.10.2004) con la denominada "Escala de ingreso", la cual define el salario individual reconocido y correspondiente a los diferentes escalones para el personal incorporado a la empresa a partir de 1 de enero de 1996, hasta que, alcanzados los requisitos de capacitación, experiencia, integración y desempeño, se superen los valores indicados en la escala de salarios base de calificación vigente en cada momento. Se trata del establecimiento en los convenios de empresa de escalas salariales diversas en función de la fecha de incorporación del trabajador en cuanto trabajador fijo.

43 TS/SOC 27.9.2000 (Ar. 9647); 19.3.2001 (Ar. 3388); TSJ Cataluña 16.4.1997 (Ar. 2065). TS/SOC 23.10.2000 (Ar. 8659).
A nivel judicial, véase: TSJ/Cataluña 10.5.1999 (Ar. 2224) y las allí mencionadas; 14.5.2002 (Ar. 7553); 17.6.2002 (recurso 1253/2001); 25.7.2002 (recurso 1281/2001); 20.9.2002 (Ar. 500).

nada. No basta con que el fin perseguido por el trato diferente sea lícito, sino que es indispensable, además, que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distinción sean adecuadas y proporcionadas a tal fin[44]. En consecuencia, se consideran criterios objetivos y razonables que permiten la doble escala salarial, la concurrencia conjunta en cada caso concreto del objetivo de creación de nuevos puestos de trabajo y la temporalidad de la medida.

El establecimiento de una doble escala salarial puede suponer, además, una discriminación específica peyorativa expresamente vetada en el segundo inciso del artículo 14 de la CE, al estar basada en la condición y circunstancia personal y social en que se encuentra este colectivo de trabajadores en el que todos ellos, sin excepción, se hallan en una situación de clara desigualdad a la hora de pactar sus condiciones de trabajo[45]. En consecuencia, tanto si es el resultado de la creación de una situación discriminatoria como si se trata de una genérica desigualdad de trato, es evidente que ambos resultados están prohibidos.

---

44 TS/SOC 22.1.1996 (Ar. 1118). Un comentario a la citada sentencia vid. MARTÍN VALVERDE, A.: "Discriminación salarial: convenio colectivo que establece retribución diferente por el mismo trabajo", *Semana jurídica,* núm.18 (1996) págs. 636 y 638: Asimismo, TS/SOC 22.1.1996 (Ar. 479); 1.6.1996 (Ar. 5746); 25.6.1996 (Ar. 5305); 3.10.2000 (Ar.8659); 19.3.2001, ya mencionada. TSJ Cataluña 31.1.2003, Caso Nissan, (Ar.675). PURCALLA BONILLA, M. A.: "La doble escala salarial como instrumento de desigualdad retributiva", Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF, núm. 244 (2003), pág. 13. TC 119/2002, de 20.5.

45 TSJ Cataluña 31.1.2003 (Ar. 675).
A nivel doctrinal, vid, entre otros, ALFONSO MELLADO, C. L.: La primera reforma laboral del milenio. Comentarios al RDL 5/2001 de 2 de marzo, Comentarios al RDL 5/2001 de 2 de marzo de medidas urgentes de Reforma del Mercado de Trabajo para el incremento de empleo y mejora de su calidad, Madrid, IVES, 2001, pág. 23. TSJ Cataluña 31.1.2003 (Ar. 675). FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F. y CALVO GALLEGO, EJ.: "Modalidades de contratación temporal y empresas de trabajo temporal en las reformas de marzo y julio de 2001", *Relaciones Laborales,* tomo I (2002). En cualquier caso, todavía queda "pendiente un reconocimiento judicial general y definitivo del complemento de antigüedad a los trabajadores temporales con carácter general que restaure el principio de igualdad de trato entre ambos colectivos" [LAHERA FORTEZA, J.: "El ¿definitivo? reconocimiento del complemento de antigüedad a los trabajadores temporales (Comentario a las SSTS de 7 y 23 de octubre de 2002)", *Relaciones Laborales,* núm. 10 (2003), pág. 77]. Asimismo, SANTIAGO REDONDO, K. M.: "Doble escala salarial y otros pronunciamientos del Tribunal Constitucional en materia laboral en el primer trimestre de 2004", Relaciones Laborales, núm. 2004, pág. 660; GUALDA ALCALÁ, E. J.: "Una aproximación a la reciente doctrina constitucional sobre la doble escala salarial" *Revista de Derecho Social*, núm. 20 (2002), págs. 71 a 75; MOLERO MARAÑÓN, Mª. L.: "La admisión condicionada de los pactos de doble escala salarial", *Relaciones Laborales,* núm. 24 (2004), págs. 19 a 23.

LA EDAD COMO POSIBLE FACTOR DE DISCRIMINACIÓN EN PROCESOS DE REESTRUCTURACIONES EMPRESARIALES

EMILIO DE CASTRO MARÍN

Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, premio extraordinario de Doctorado (año 2016). Abogado en ejercicio por el ICAM desde el año 1999 a la actualidad. Profesor de Derecho del Trabajo y de la SS en el CU Cardenal Cisneros, Profesor Asociado de Derecho del Trabajo y de la SS en la UCM. Responsable de RRHH y de RRLL en diversas empresas en diferentes sectores intensivos en mano de obra. Autor de tres monografías publicadas en editoriales de referencia, y de diferentes artículos en materia laboral.

ABSTRACT: The present work aims to make an approach to the question related to the recurrent involvement of older workers in company restructuring processes and its possible impact in relation to the violation of the right to non-discrimination recognized in Article 14 EC. We are faced with an issue of enormous importance, not only because of what it means to expel from the labour market a large group of experienced and well-distanced workers, but also in terms of the impossibility of the system of assuming the costs arising from these decisions. To this end, after going through the case law to this effect, we will assess the virtuality of the measures implemented to alleviate this massive affectation as a previous step to make some reflections on the matter.

KEYWORDS: Corporate restructuring. Dismissals. Discrimination against older workers.

1. LA NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE LA EDAD COMO PRINCIPIO DE DERECHO GENERAL EN EL ÁMBITO DEL DERECHO DE LA UNIÓN Y SU POSIBLE INCIDENCIA COMO FACTOR DE DIFERENCIACIÓN

Como punto de partida, el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, y a estar protegida contra la discriminación, constituye un derecho universal reconocido en la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, los Pactos de las Naciones Unidas de Derechos Civiles y Políticos y sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de los que son partes todos los Estados miembros. A partir de este reconocimiento expreso, este derecho encuentra su fundamento en diversos instrumentos internacionales, como el Convenio 111 de la OIT, así como en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, en nuestro caso, en el artículo 14 de la CE.

A partir de esta consideración, el principio general de no discriminación por razón de la edad se consagra de manera expresa en el ámbito de la Unión Europea en el artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales, previo reconocimiento expreso en el artículo 19 del Tratado de Funcionamiento, habiéndose reconocido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea como un principio del derecho general que, a su vez, se concreta en la Directiva 2000/78

en el ámbito del empleo y de la educación [1]. En este sentido, nos encontramos ante un derecho que goza de eficacia directa en cuanto resulta lo suficientemente preciso e incondicionado como para no precisar de un posterior desarrollo y concreción.

No obstante, y a los efectos que nos interesan en este trabajo, resulta necesario destacar que, en esa labor de concreción llevada a cabo en el seno de la Directiva, la propia normativa comunitaria se ha encargado de precisar que, una diferencia de trato por motivos de edad, no va a constituir un supuesto de discriminación cuando resulte justificada objetiva y razonablemente, en el marco del Derecho nacional, por una finalidad legítima, incluidos los objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional, y siempre que los medios para lograr este objetivo resulten adecuados y necesarios [2]. Por lo tanto, a la vista de esta previsión normativa, debemos tener muy presente que, en ocasiones, este derecho podrá ser objeto de modulación en aras a esas finalidades y objetivos y en las condiciones descritas [3].

A partir de esta configuración normativa, la jurisprudencia comunitaria ha tenido ocasión de enfrentarse a diversos litigios relacionados con el posible encaje o no a la normativa comunitaria en diversos aspectos relacionados con la esfera de las relaciones laborales en los que se cuestionaba la posible colisión con el derecho a la igualdad de trato y a la no discriminación por razón de edad de determinadas previsiones legales internas.

Así, y con un destacado papel protagonista, en numerosos litigios en los que se planteaba el encaje o no en lo referente al establecimiento de determinados requisitos de edades máximas para el acceso a empleos con determinados requerimientos y capacitaciones físicas específicas. En este sentido, y partiendo

1 Por todas, Sentencia del TJUE de 22 de noviembre de 2005, en el Asunto C-144/04, Mangold, apartado 75, en la que el Tribunal concluyó a favor de la existencia de un principio de no discriminación por razón de la edad considerado como un principio general del Derecho de la Unión; con posterioridad, en el mismo sentido, Sentencia del TJUE de 19 de enero de 2010, en el Asunto C-555/07, Kücükdeveci, apartado 21 o la Sentencia del TJUE de fecha 13 de septiembre de 2011, Asunto C-447/09, aptdo. 38.

2 Art. 6 de la Directiva 2000/78, del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

3 En esta línea, en el apartado 3 del artículo 1 del Convenio 111 de la OIT, relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, a la hora de delimitar el concepto de discriminación, se refiere que "*2. Las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación*".

de la afirmación de que "*no es el motivo en el que se basa la diferencia de trato sino una característica vinculada a dicho motivo la que debe constituir un requisito profesional esencial y determinante*" [4], el intérprete comunitario ha concluido en algunos supuesto a favor del pleno encaje de ciertas limitaciones de acceso al empleo en relación con la edad [5], en otros, en sentido contrario, por considerar que la limitación resultaba desproporcionada [6].

Pero no sólo la edad ha jugado un papel determinante en la jurisprudencia comunitaria en relación con las limitaciones de acceso a determinadas profesiones. Sin ánimo exhaustivo, entre otras, también en cuestiones relacionadas con limitaciones para el acceso a indemnizaciones por despido para el escenario de tener derecho a una pensión de jubilación pagada por un empresario con arreglo a un plan de pensiones en determinadas circunstancias [7], o en el escenario de establecimiento de la jubilación forzosa para determinados colectivos al haber alcanzado determinada edad [8].

Como vemos, la edad se configura como una de esas circunstancias personales a las que alude nuestro constituyente en el segundo inciso del artículo 14 CE que se presenta como problemática en el día a día de las relaciones laborales en tanto que influye, o puede influir, como posible factor de diferenciación. Y es precisamente en este contexto de la edad como posible factor de diferenciación o, más allá incluso, de discriminación, en el que, en la presente ponencia libre, pretendemos acercarnos a la cuestión relacionada con la posible desigualdad en el trato y, en su caso, discriminación en relación con la edad, en el escenario de determinados procesos de reestructuraciones empresariales. Específicamente, pero no sólo, en el contexto de los despidos colectivos. Cuestión ésta de máxima actualidad a la vista de la delicada situación económica a la que nos hemos visto abocados tras la pandemia y de los numerosos procesos de reestructuración abiertos, circunstancia esta que exige que nos detengamos sobre la virtualidad o no de determinadas medidas legales inicialmente previstas para tratar de evitar

4 Apartado 35 de la Sentencia del TJUE de 12 de enero de 2010, en el Asunto C-229/08, Wolf.

5 Sentencia del TJUE, de fecha 15 de noviembre de 2016, en el Asunto C-258/15, Salaberría Sorondo.

6 Sentencia del TJUE, de fecha 13 de noviembre de 2014, en el Asunto C-416/13, Vital Pérez.

7 Sentencia del TJUE, de fecha 19 de abril de 2016, en el Asunto C-441/2014, Dansk Industri, en la que se concluyó que el principio general de no discriminación por razón de la edad concretado en la Directiva 2000/78 se oponía a la normativa debatida en el procedimiento principal.

8 Sentencia del TJUE, de 21 de julio de 2011, en los asuntos acumulados C159/10 y C160/10, Fuchs y Köhler.

esta posible discriminación para trabajadores en edad avanzada, no sin antes efectuar un recorrido sobre los criterios asentados en la jurisprudencia sobre el particular.

2. UN BREVE RECORRIDO POR LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL Y ORDINARIA EN RELACIÓN CON LA POSIBLE AFECTACIÓN DE TRABAJADORES POR RAZON DE EDAD EN EXPEDIENTES DE REGULACIÓN DE EMPLEO

Como cuestión básica en el acercamiento a esta cuestión, si de reestructuraciones empresariales y de posible vulneración del derecho a la no discriminación por razón de edad hablamos, no podemos sino partir de la pacífica interpretación efectuada por el máximo intérprete constitucional y por la jurisprudencia ordinaria en relación con la posible afectación de trabajadores de edad avanzada en expedientes de regulación de empleo.

Como punto de partida, comenzando por la jurisprudencia constitucional [9], debemos manifestar que, en el supuesto analizado, se trataba de enjuiciar desde la perspectiva constitucional la vulneración o no del artículo 14 CE tras determinado acuerdo de cierre de despido colectivo alcanzado en período de consultas por el que se procedió a la extinción de 211 contratos de trabajo, entre ellos, los de todos los trabajadores de la empleadora mayores de 55 años. Como criterios de designación, sin carácter excluyente, se establecieron los siguientes: pertenencia a las distintas direcciones, departamentos o unidades de trabajo que fueran a verse afectadas; experiencia profesional en las que se mantuvieran, así como su polivalencia funcional, perfil y capacidades técnicas específicas; en aquéllos puestos o funciones caracterizados por su especial tecnicidad, se acudiría principalmente a criterios relacionados con la experiencia, titulación y conocimientos específicos; por último, literalmente, "*Con el objetivo de establecer una nueva estructura de la plantilla que se mantenga a largo plazo en su nuevo dimensionamiento, y de ocasionar el menor perjuicio para el trabajador, se aplicará como criterio en la selección de trabajadores afectados el de aquellos trabajadores que se encuentren en una situación más próxima a la jubilación*". Con estos antecedentes, tanto en el Juzgado de instancia, como en sede de suplicación, se desestimaron las pretensiones de vulneración del segundo inciso del artículo 14 CE, desde la perspectiva de que la elección de la edad como criterio de designación se trataba

9 Sentencia 66/2015, de 13 de abril de 2015, Sala Segunda, Ponente Magistrado D. Antonio Narváez Rodríguez.

de un criterio objetivo, de aplicación igual para cuantos se encontraran en tal situación, tratándose además del colectivo más próximo a la jubilación y por tanto con menores expectativas de vida laboral, llevando incluso a efecto en el propio acuerdo con la representación de los trabajadores determinados sistemas de prestaciones y mejoras, incluyendo las previsiones de abono del convenio especial con la Seguridad Social, valorándose además que, en el caso de autos, el citado criterio no fue el único utilizado.

A los efectos del debate, dos fueron las razones esgrimidas por la empleadora para justificar el acogimiento de la edad de 55 años o más como causa de despido objetivo: de un lado, que eran los trabajadores que, por estar más próximos a la edad de jubilación, su permanencia era más gravosa para la empresa, pues cesarían más pronto en su actividad laboral, lo que determinaría la necesidad de nuevas contrataciones con la consiguiente inversión en formación y aprendizaje; la segunda, que la medida era la que causaba menos perjuicio a los trabajadores por encontrarse en una situación más próxima a la jubilación, lo que determinaría que la empleadora suscribiera el convenio correspondiente con la Seguridad Social en los casos en que fuera preceptivo legalmente, no discutiéndose que tal convenio se hubiera celebrado.

Con estos antecedentes, como punto de partida, el Tribunal Constitucional va a señalar que la edad, como factor al que alcanza la prohibición constitucional de discriminación, sólo puede fundar un tratamiento diferenciado cuando se cumplan rigurosas exigencias de justificación y proporcionalidad. En caso contrario, la afectación por esta circunstancia personal resultaría discriminatoria. A partir de esta afirmación básica, el Alto Tribunal concluye que, con respecto a la primera razón aducida, -ahorro de los costes de formación que la empresa habría de asumir una vez que los trabajadores afectados se jubilasen y que fuera necesario reemplazarlos-, carecía de envergadura suficiente a los efectos de justificación de la medida al entrañar un sacrifico desproporcionado. Sin embargo, en lo que concernía a la segunda justificación, -el menor perjuicio para los trabajadores de más edad dada la mayor protección social brindada a los mayores de cincuenta y cinco años-, aquí el Alto Tribunal sí que va a justificar la elección con el argumento de que esta circunstancia **sí puede convertir la edad próxima a la jubilación en un factor objetivo y no arbitrario de selección de los trabajadores afectados por el despido colectivo, siempre que se cumplan determinadas exigencias**. En este sentido, *"la selección de los trabajadores afectados por un despido colectivo* ***en función del menor daño o***

perjuicio *que la situación de desempleo conlleva para determinados sectores de edad,* ***sólo puede considerarse legítima y proporcionada si se ve acompañada de medidas efectivas que atenúen los efectos*** *negativos generados por la situación de desempleo,* ***sin que en ningún caso pueda considerarse justificación suficiente del despido la mera proximidad de la edad de jubilación***".

¿Y cuáles serían esas concretas exigencias? Pues, en el supuesto analizado, la obligación de abonar las cuotas destinadas a la financiación de un **convenio especial** en los términos previstos en la Ley general de la Seguridad Social, la posibilidad de acceso al **subsidio por desempleo** para los mayores de 55 años que no tuvieran rentas de cualquier naturaleza superiores al 75 por 100 del salario mínimo interprofesional y cuya renta media en su unidad familiar no superara tampoco esa cantidad y, por último, el establecimiento por parte de la empleadora de determinadas **mejoras voluntarias de la prestación por desempleo,** complemento empresarial que pretendía evitar que los trabajadores afectados sufrieran un perjuicio desproporcionado respecto de su situación en activo.

A la vista de estas medidas, el Constitucional concluye afirmando que "***la existencia de medidas efectivas llamadas a minimizar el perjuicio ocasionado al trabajador*** *próximo a la edad de jubilación* ***hace que el criterio de la edad resulte en el presente caso proporcionado,*** *lo que nos conduce a concluir que la utilización de dicho criterio* ***no vulneró el art. 14 CE al no constituir una discriminación por razón de edad***".

El argumento no resultaba en esencia novedoso. En este sentido, tiempo atrás la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo había tenido la ocasión de enfrentarse a este debate en diversos pronunciamientos en los que igualmente se alegaba la posible vulneración del segundo inciso del artículo 14 de la CE en relación con la edad como factor de discriminación y la afectación de trabajadores en edad avanzada en expedientes de regulación de empleo [10]. En aquél supuesto, en un expediente de regulación de empleo acordado con la representación legal de los trabajadores en el Ente Público Radio Televisión Española y de sus sociedades filiales Radio Nacional de España, SA y Televisión Española, SA., y con afectación a trabajadores de 52 años en adelante, el Alto Tribunal desestimó igualmente la vulneración del derecho a la no discriminación por razón de edad con importantes argumentos. De manera sucinta, concluyendo

10 Por todas, Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, de fecha 9 de marzo de 2011, en recurso de casación 3980/2009, Ponente Dª Celsa Pico Lorenzo.

que "*la fijación del criterio de la edad, mayores o menores de 52 años, conforme a las medidas de desvinculación expuestas, no puede fundar la alegación de una situación discriminatoria respecto al contenido de los acuerdos libremente adoptados por las partes que negociaron el expediente y en los que se fundamenta la resolución del ERE, ya que* ***se trata de un criterio objetivo, de aplicación igual para cuantos se encuentren en tal situación, tratándose además del colectivo más próximo a la jubilación y por tanto con menores expectativas de vida laboral, no pudiendo ser tachado de irrazonable*** *el expresado criterio pues* ***se ha de tener en cuenta que cuando se regulan medidas de desvinculación para trabajadores con 52 años o más que no cumplan los requisitos para la jubilación de la Seguridad Social****, estableciéndose un sistemas de* ***prestaciones económicas indemnizatorias****, abono del* ***convenio especial con la Seguridad Social****, etc., que finalizará en el momento en que el trabajador alcance la edad ordinaria reglada en la LGSS, tales medidas, como otras acordadas, tienen por referencia el acceso a las prestaciones públicas correspondientes,* ***luego el sistema descansa en un objetivo de protección social innegable que las legitima****,* ***fijando la citada edad el momento en que resulta económicamente posible acceder a las medidas que enlazan con el sistema público de protección, por lo que no cabe deducir de ello existencia de una discriminación prohibida, pues ciertamente siempre existirá un límite*** *en el que situar la línea de edad que permita asumir el coste de tales medidas*". En estos términos, y siguiendo una jurisprudencia anterior en la misma línea, se concluye que " *ya existe un criterio consolidado acerca de que "****parece razonable que los trabajadores afectados por las medidas de ajuste de plantilla sean aquellos que se encuentran más próximos a la edad de jubilación y, consiguientemente, con unas expectativas laborales muy cortas*** *sin que ello comporte la lesión del art. 14. CE*" [11]. Por tanto, el Tribunal Supremo considera que no es aplicable la doctrina judicial comunitaria sobre la prohibición de discriminación por razón de edad atendiendo a la diferencia de supuestos enjuiciados y, en concreto, por tratarse en el caso de la edad, como factor de selección en el despido colectivo, de una actuación en un expediente de regulación de empleo en el que era voluntaria la incorporación al mismo y sus efectos [12], importante este matiz este último, tal y como apuntaremos con posterioridad.

11 Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo de fecha 17 de octubre de 2007, en recurso de casación 8242/2004, Ponente Dª Celsa Pico Lorenzo.

12 POQUET CATALÁ, R.: "Criterios de selección, prioridad de permanencia, prohibición de discriminación y trabajadoras embarazadas", *Revista de Información Laboral*, num.10/2018, Editorial

En esta línea, en la doctrina judicial se rechaza igualmente la declaración de nulidad por cuanto la selección de trabajadores en función de su edad próxima a la jubilación se considera un criterio adecuado y proporcionado **siempre que se adopten medidas efectivas para evitar o minimizar los daños** que la extinción de los contratos de trabajo produce en los afectados, de acuerdo con lo exigido por la propia legislación laboral [13].

En todo caso, este ciertamente pacífico panorama interpretativo en la jurisprudencia ordinaria y constitucional, no se encuentra exento de objeciones, argumentos críticos que se efectúan tanto desde la perspectiva de la insostenibilidad para el sistema público de los programas de "prejubilaciones" y de jubilaciones anticipadas, insostenibles [14], como desde la vertiente más conceptual por el argumento "*estrictamente eficientista*" de que "*el beneficio que se obtiene es suficiente para (hipotéticamente) compensar sus costes personales (y en la medida que esta regla no se daría a la inversa, la convierte en preferible*)", motivación que nada tendría que ver con la fundamentación dogmática de las categorías que son objeto de controversia [15].

No obstante, los problemas derivados de la edad como posible factor de diferenciación y, en su caso, constitutiva de discriminación, no terminan ni mucho menos en la elección de trabajadores de edad avanzada en los criterios de designación de los trabajadores afectados por las decisiones extintivas. Muy al contrario, y como buena prueba de la complejidad de la cuestión, tanto desde la perspectiva teórica como práctica, encontramos ejemplos en la doctrina judicial en los que han sido precisamente los trabajadores de menor edad los elegidos como designados en aras a favorecer el mantenimiento en el empleo de los de

---

Aranzadi, S.A.U.

13 Sentencia nº 49072016, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha, de fecha 15 de abril de 2016, en recurso de suplicación 1269/2015, Ponente Dª Petra García Márquez. O, en el seno del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo Social, Sentencias nº 1597/2016, de 8 de junio, en recurso de suplicación 1576/2015, Ponente Dª María Elena Díaz Alonso, nº 1964/2016, de 30 de junio, en recurso de suplicación 2186/2015, o la nº 3339/2016, de 1 de diciembre, en recurso de suplicación 3386/2015; Ponente Dª María Elena Díaz Alonso.

14 SÁEZ LARA, C., *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015

15 BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: "Despido colectivo y selección de trabajadores: ¿La "edad" es un criterio no discriminatorio? (STC 66/2015)" en Una mirada crítica a las relaciones laborales, Blog de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, https://ignasibeltran.com/2015/06/12/despido-colectivo-y-seleccion-de-trabajadores-la-edad-es-un-criterio-no-discriminatorio-stc-662015/.

mayor edad, en principio con justificación teórica en las mayores dificultades de reinserción en el mercado laboral de estos últimos. Designación ésta que, paradójicamente, no ha obstado para la existencia de impugnaciones de las medidas extintivas desde la perspectiva de la utilización de la edad como factor de discriminación precisamente por considerar estos trabajadores de menor edad no justificada esa designación, en detrimento de los de mayor edad.

Así, en determinada "saga" de resoluciones judiciales a propósito de despidos colectivos llevados a cabo en el contexto de determinada reversión de contrata de limpieza en el SERMAS, la Sala de suplicación concluye a favor de la no apreciación de móvil discriminatorio alguno por razón de la edad al entender como fundado y razonable el criterio de selección acordado en el seno del ERE con la afectación de los trabajadores menores de 50 años, criterio de exclusión a los mayores de 50 años en el intento de conceder una mayor protección a este colectivo en cuanto presentaba mayores dificultades de recolocación caso de ser despedidos. Todo ello en sintonía con las previsiones contenidas en la D. A. 16ª de la Ley 27/2011, y los Reales Decretos 1483/2012 y 1484/2012, en cuanto establecen medidas tendentes a minimizar sus efectos [16].

En el mismo sentido, también en supuesto en el que se optó por excluir a los trabajadores de más de 50 años de determinado expediente de regulación de empleo, rechazándose el argumento planteado por los actores en demanda colectiva en el sentido de que la afectación a los menores de 50 años no resultaba neutral, sino que respondía exclusivamente al objetivo de no tener que soportar los costes de los mecanismos que la legislación social establece en la protección de los trabajadores mayores de 50 años en los despidos colectivos. En esta resolución, la Sala de suplicación va a concluir que, una vez sentado que la edad, como factor al que alcanza la prohibición constitucional de discriminación, sólo puede fundar un tratamiento diferenciado cuando se cumplan rigurosas exigencias de justificación y proporcionalidad, se trataba de analizar si esas circunstancias concretas se daban o no en el supuesto de autos. Así, rechazando la argumentación empresarial de la permanencia en la empresa de los trabajadores más experimentados, pues a su juicio no dependía en exclusiva de la edad sino, sobre todo, de la antigüedad, sí se acoge por el contrario la segunda justificación, esto es, la

16 Sentencia nº 318/2016, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictada en fecha 7 de abril de 2016, en recurso de suplicación 82/2016, Ponente Dª Mª Luz García Paredes, seguida de otras como las Sentencias de la misma Sala 733/2015, de 2 de noviembre, en recurso 573/2015, o la 927/2015, de 15 de diciembre, en recurso 546/2015.

del cumplimiento de las previsiones contenidas en la Disposición Adicional 16 de la Ley 27/2011, de 1 de agosto y en el Real Decreto 1484/2012, de 29 de octubre, máxime una vez que la Audiencia Nacional ya se había pronunciado sobre la racionalidad de la denominada "enmienda Telefónica". Al margen de la muy importante consideración del cumplimiento con esta decisión del Acuerdo Social y Económico en el que se preveía la adopción de una Estrategia global de empleo de los trabajadores de más edad, con el objetivo de favorecer su mantenimiento en el mercado de trabajo y promover la reincorporación de quien pierde su empleo en los últimos años de su vida laboral [17]. Resolución esta confirmada en casación por el Alto Tribunal[18].

Como podemos observar, el debate resulta ciertamente complejo. En todo caso, parece poco cuestionable al menos a nivel teórico que, a resultas de la jurisprudencia y doctrina judicial aludida, para nuestros órganos judiciales, la utilización del criterio de la edad como elemento para la designación de los trabajadores afectados en procesos de reestructuración empresarial **no resulta de partida lesivo del derecho a la no discriminación del artículo 14 CE al considerarse legítimo y proporcionado pero siempre y cuando se acompañe de medidas efectivas que atenúen los efectos negativos generados por la situación de desempleo, y sin que en ningún caso pueda considerarse justificación suficiente del despido la mera proximidad de la edad de jubilación**. Esta es a grandes rasgos la conclusión principal.

Desde esta perspectiva, en el recorrido efectuado en el presente trabajo, debemos ocuparnos a continuación de analizar cuáles son esas concretas medidas para, en último término, poder efectuar una valoración al respecto de si podemos considerarlas o no como suficientes.

3. LAS MEDIDAS EFECTIVAS PARA ATENUAR LOS EFECTOS NEGATIVOS DERIVADOS DE LA SITUACIÓN DE DESEMPLEO DE LOS TRABAJADORES DE MAYOR EDAD AFECTADOS POR EXPEDIENTES DE REESTRUCTURACIÓN EMPRESARIAL

Como hemos apuntado, nuestros Tribunales concluyen que no existe lesión del derecho reconocido en el artículo 14 CE por razón de edad en el supuesto de

17 Sentencia nº 319/2016, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, de fecha 16 de junio, en recurso de suplicación 178/2016, Ponente Dª Carmen Arnedo Díez.

18 Sentencia nº 872/2017 de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de fecha 14 de noviembre de 2017, en recurso de casación 17/2017; Ponente Dª Rosa María Virolés Piñol.

incorporarse en el proceso de reestructuración medidas efectivas que atenúen los efectos negativos generados por la situación de desempleo para los trabajadores afectados en edad avanzada. En concreto, hemos aludido a varias de las medidas enjuiciadas en los asuntos examinados, la denominada "enmienda Telefónica", la suscripción del convenio especial, la posibilidad de acceso al subsidio por desempleo o la concertación de mejoras complementarias a cargo de la empresa. Siendo así, y como paso previo a efectuar una conclusión a modo de epílogo de la presente comunicación, efectuamos un somero recorrido por cada una de ellas al objeto de contextualizar adecuadamente el debate.

Así, y en lo que concierne a la primera de las medidas, debemos destacar que nos encontramos ante una novedosa e importante previsión que, en su momento, se incorpora por el legislador en la normativa de modernización y racionalización del sistema de Seguridad Social allá por agosto del año 2011 como reacción al despido efectuado en una gran empresa y, a resultas de cual, con unos beneficios de aproximadamente unos diez mil millones de euros, se expulsa del mercado laboral a más de seis mil trabajadores, muchos de ellos en edad avanzada mediante las coloquialmente conocidas como "prejubilaciones".

A partir de esta previsión legal [19], las empresas que realizaran despidos colectivos de acuerdo con lo establecido en el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores, y que incluyeran a trabajadores de 50 o más años de edad, deberían efectuar una aportación económica al Tesoro Público en los términos que se determinaran reglamentariamente, siempre que en tales despidos colectivos concurrieran determinadas circunstancias: muy resumidamente, empresas de más de 500 trabajadores o por empresas que formaran parte de grupos de empresas que emplearan a ese número de trabajadores; que afectaran, al menos, a 100 trabajadores en un período de referencia de tres años, con independencia del número de trabajadores de 50 o más años de edad afectados; que las empresas o el grupo de empresas del que formaran parte hubieran obtenido beneficios en los dos ejercicios económicos anteriores a la autorización del expediente de regulación de empleo; por último, que los trabajadores de 50 o más años de edad afectados no hubieran sido objeto de recolocación en la misma empresa, o en otra empresa del grupo del que formaran parte, o en cualquier otra empresa, en los seis meses siguientes a la fecha en que se produjera la extinción. A partir del

19 Disposición adicional decimosexta incorporada en la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, BOE núm. 184, de 2 de agosto de 2011.

cumplimiento de estos requisitos, para el cálculo de la aportación económica se tomarían en consideración el importe de las prestaciones y subsidios por desempleo de los trabajadores de 50 o más años de edad afectados por el expediente de regulación de empleo, incluidas las cotizaciones a la Seguridad Social realizadas por el Servicio Público de Empleo Estatal. El objetivo era doble, por un lado, detener la "sangría" de prejubilaciones de trabajadores de edad avanzada, en su defecto, aliviar las cargas para el sistema público de la Seguridad Social en un momento en el que la gran crisis económica ya se manifestaba con todo su apogeo. En una primera aproximación, la medida se presentaba sin duda como acertada, desde la simple perspectiva de la inadecuada utilización de la pensión de jubilación como un mecanismo de restructuración de plantillas, en la medida en que el acceso a la protección de los trabajadores cesados o la expectativa de su jubilación próxima pareciera disminuir el coste de las extinciones contractuales [20].

En todo caso, y en esta línea de penalización de determinadas reestructuraciones empresariales con cargo, al menos en parte, al erario público, el legislador va a introducir importantes reformas en la norma que, como vamos a tener oportunidad de observar, tratan de paliar la expulsión del mercado laboral de trabajadores de edad avanzada en ciertas circunstancias.

Así, escasos meses después de su incorporación en la norma, con la entrada en vigor de la reforma laboral del 2012, se avanza un paso más en la previsión legal, suprimiendo la exigencia de que el despido colectivo afectara, al menos, a 100 trabajadores en un marco de referencia de tres años, resultando de este modo suficiente con que la decisión extintiva hubiera afectado a empleados de 50 o más años de edad, eso sí, siempre y cuando se tratara de una empresa con más de 500 empleados, al margen de alguna otra modificación que no resulta de mayor trascendencia a los efectos que nos interesan [21].

Nuevamente, el legislador avanza otro paso más en el endurecimiento de la previsión legal en el trámite de convalidación de la normativa de urgencia, en esencia, para reducir significativamente el supuesto objetivo de aplicación de la norma hasta prever la aplicación a las empresas de más de 100 trabajadores o a las empresas que formaran parte de grupos de empresas que emplearan a

20 DESDENTADO BONETE, A., DURÁN HERAS, A.: "Jubilaciones anticipadas y jubilaciones diferidas entre la política de empleo y las exigencias de control del gasto", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales,* 2002, extra 1, ejemplar dedicado a la jubilación flexible, p. 48.

21 DF 4ª del Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

ese número de trabajadores [22]. El cambio desde luego es significativo, pues se amplía sobremanera el abanico de sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de la norma.

En otra vuelta de tuerca, *"con el objetivo de desincentivar la discriminación de trabajadores de más edad en el marco de medidas extintivas de regulación de empleo, así como de racionalizar las obligaciones de las empresas"* [23], paradójicamente se introduce una exigencia adicional en la redacción del precepto a resultas del cual se condiciona la aportación económica a *"que el porcentaje de trabajadores despedidos de 50 o más años de edad sobre el total de despidos sea superior al porcentaje que los trabajadores de esa edad representan sobre el total de la plantilla de la empresa"* [24]. Como acertadamente se ha puesto de manifiesto, con esta previsión legal pareciera que el legislador estuviera sentando en la norma la presunción de que, si se superara esta proporción, la decisión extintiva de la empresa sería discriminatoria [25], si bien a juicio de determinado sector doctrinal, en el escenario de discriminación, la consecuencia debería ser la nulidad de la medida empresarial y no la mera imposición de una contribución económica [26]. Sea como fuere, la realidad es que con esta novedad legislativa se "objetiviza" en cierto modo la penalización de la aportación económica al establecer un término de comparación entre el número de trabajadores mayores de 50 años despedidos y el número total de trabajadores despedidos en la empresa, criterio que pudiera resultar acertado. De otro lado, y también en una previsión que debe ser bien recibida, se previene expresamente que "*A los efectos del cálculo del porcentaje de trabajadores despedidos de cincuenta o más años sobre el total de trabajadores despedidos, se incluirán los trabajadores afectados por el despido colectivo y aquellos cuyos contratos se hayan extinguido por iniciativa de la empresa en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador distintos de los previstos en el*

22 D.F. 4ª de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

23 Exposición de Motivos del Real Decreto Ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo.

24 Art. 10 del Real Decreto Ley 5/2013, inserto en un Capítulo IV intitulado -Medidas para evitar la discriminación de los trabajadores de más edad en los despidos colectivos-.

25 ARAGÓN GÓMEZ, C.: "La aportación económica al Tesoro Público prevista en la DA 16ª Ley 27/2011, fruto de la conocida «Enmienda Telefónica», al hilo de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 5 de junio de 2015, núm. 77/2015", *Revista de Información Laboral*, nº 9, 2015, págs. 109 a 122.

26 DEL REY GUANTER, S.: "Despido y protección de los trabajadores de mayor edad: sobre la disposición adicional decimosexta de la Ley 27/2011, sus sucesivas modificaciones y la necesidad de su redefinición", *Iuslabor,* 2014, sección Editorial, núm. 3/2014, págs. 4 y 5.

artículo 49.1.c) del Estatuto de los Trabajadores, siempre que dichas extinciones de contratos se hayan producido en los tres años anteriores o en el año posterior al inicio del procedimiento de despido colectivo", supuesto éste que amplía sobremanera el campo de aplicación de la penalización. Igualmente, se previene expresamente en la nueva redacción legal que no sólo deberán abonar la aportación económica las empresas que hubieran obtenido beneficios en los dos ejercicios económicos anteriores a aquel en que se iniciara el procedimiento de despido colectivo, sino también aquellas que obtuvieran beneficios *"en al menos dos ejercicios económicos consecutivos dentro del período comprendido entre el ejercicio económico anterior a la fecha de inicio de despido colectivo y los cuatro ejercicios económicos posteriores a dicha fecha",* lo que incide nuevamente en el ensanchamiento del campo de aplicación de la previsión legal. Como vemos, el propósito a los efectos que nos interesan en el presente trabajo parece evidente, tratar de dificultar en la medida de lo posible la inclusión de trabajadores en edad avanzada en expedientes de reestructuración empresarial por la vía de los despidos colectivos. Por último, en una posterior modificación ya con menor trascendencia a estos efectos, se aclara en la propia norma qué debe entenderse por grupo de empresas remitiéndose el legislador a estos efectos al Código de Comercio [27].

El desarrollo de la previsión legal se efectúa bastantes meses después de su introducción [28], cuestión esta que, en sus inicios, complicó la articulación práctica de la medida. Sea como fuere, y tal y como se constata de la simple lectura de la exposición de motivos del Reglamento, a los efectos que nos interesan, los motivos que llevaron al legislador, de diferentes signos, a introducir y profundizar en esta penalización son claros: "*Las razones del establecimiento de esta aportación se encuentran en la* ***necesidad de atemperar los impactos sociales y económicos de los procesos de reajuste*** *empresarial que provocan, de un lado, la* ***expulsión prematura del mercado de trabajo de los trabajadores de más edad****, afectados estructuralmente en nuestro mercado de trabajo por una tasa de actividad por debajo de los países europeos de nuestro entorno y que tienen problemas para poder volver a incorporarse al empleo; y, por otro, un* ***importante coste para nuestro sistema de protección por desempleo****, difícil de asumir socialmente, cuando las empresas que realizan estos procesos de reestructuración tienen necesidad de ponerlos*

27 Artículo 5 del Real Decreto-ley 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores.

28 Real Decreto 1484/2012, de 29 de octubre, sobre las aportaciones económicas a realizar por las empresas con beneficios que realicen despidos colectivos que afecten a trabajadores de cincuenta o más años.

en práctica, aun habiendo obtenido beneficios, tanto más en una coyuntura económica como la actual". A mayor abundamiento, en el contexto de determinada impugnación judicial en la que se cuestionaba la inclusión en el supuesto de hecho de la norma de las extinciones contractuales por motivos no inherentes a la persona del trabajador en el período de los tres años anteriores o posteriores al inicio del despido colectivo, la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, descartando que la norma examinada resultara injusta o desproporcionada, se reafirma en la finalidad de esta previsión legal, eso sí, partiendo de la premisa de que su aseguramiento no es absoluto, cuestión esta sobre la que reflexionaremos en el apartado de conclusiones: "***La finalidad de la norma examinada es la protección de los trabajadores mayores de cincuenta años****, por cuanto el legislador comprende que, en un contexto económico recesivo, donde el desempleo se ha convertido en el primer problema nacional, son un* ***colectivo especialmente vulnerable****, puesto que la pérdida de su empleo comportará su inclusión en el grupo de parados de larga duración, que no encontrará probablemente otro empleo.- Por consiguiente,* ***la norma pretende blindar a este colectivo de su inclusión en los despidos colectivos****, así como de otras extinciones contractuales producidas por iniciativa de la empresa en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador, salvo los supuestos del art. 49.1.C ET , proyectando dicho blindaje tres años atrás de inicio del procedimiento de despido colectivo y tres años después, entendiéndose por el legislador que ese es el mejor modo de asegurar el empleo a estos trabajadores*" [29]

Al margen de los problemas aplicativos e interpretativos que han acompañado a esta previsión legal, -señaladamente, a los efectos de entender las extinciones computables a los efectos de la superación de los umbrales requeridos [30], en línea a lo defendido por este autor en otro lugar para la contabilización de los umbrales en despidos colectivos [31], o en relación a la cuestión de la aclaración de

29 Sentencia nº 100/2015 dictada en fecha 5 de junio de 2015 por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en procedimiento 77/2015, Ponente D. Ricardo Bodas Martín.

30 Sentencia 490/2018 de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 9 de mayo de 2018, en recurso de casación 110/2017, Ponente D. Sebastián Moralo Gallego, en la que se concluye que para determinar su importe deben computarse todas aquellas extinciones contractuales que en apariencia obedecen al despido disciplinario del trabajador, pero en las que los hechos posteriores demuestran que se trata en realidad de una extinción del contrato de trabajo que verdaderamente no se corresponde con causa inherentes a su persona, si la empresa acepta posteriormente la improcedencia del despido en un acuerdo transaccional

31 DE CASTRO MARÍN, E.: *Despido colectivo "de Hecho". Aspectos controvertidos en la aplicación práctica del Art. 51.1 ET*. Thomson Reuters. Aranzadi, 2018, Editorial Aranzadi S.A.U., págs. 31

los beneficios, bien a nivel de empresa de manera aislada, bien en relación con el grupo empresarial [32]-, no parece que los resultados de esta previsión hayan acompañado a las expectativas iniciales a la vista de lo efectivamente recaudado en relación con lo señalado en la memoria económica inicial. Si bien muy probablemente la mayor crítica, o el mayor fracaso, no resida tanto en el afán recaudatorio o sancionador sino en la dificultad de contener la expulsión de los trabajadores de más edad, de gran experiencia y de difícil inserción laboral posterior [33]. En este sentido, como desde este sector se puso de manifiesto al hilo de la comentada STC 66/2015, "*Se aprecia una cierta discordancia entre un legislador que intenta encarecer la expulsión de estos trabajadores y un Tribunal Constitucional que atiende a la protección social reforzada de estos trabajadores, existente, como es obvio, al tratarse de un colectivo especialmente vulnerable*". Desde luego el equilibrio es complejo.

Dejando ya de lado la medida de la aportación económica en empresas con beneficios, sin duda una de las medidas *más* efectivas para la consecución del objetivo de tratar de evitar o, en su caso, atemperar en cierto modo las consecuencias derivadas de la salida del mercado laboral de trabajadores en edad avanzada más próximos a la edad ordinaria de jubilación, es la que se prevé por el legislador respecto de la obligatoriedad de abonar las cuotas destinadas a la financiación de un convenio especial con la Seguridad Social en el escenario de despidos colectivos de empresas no incursas en procedimiento concursal que incluyan trabajadores con cincuenta y cinco o más años de edad que no tuvieren la condición de mutualistas el 1 de enero de 1967 [34], previsión legal esta desarrollada a nivel reglamentario [35].

---

a 72.

32 Sentencia de la Sala de los Social del Tribunal Supremo de fecha 29 de marzo de 2017, en recurso de casación para la unificación de doctrina 133/2016, Ponente D. Luis Fernando de Castro Fernández, en la que, en un supuesto de grupo empresarial con pérdidas, teniendo la empresa individualmente considerada beneficios en los dos ejercicios económicos precedentes, se concluye en aras a la finalidad del precepto la inclusión en el caso de autos en el ámbito objetivo de aplicación de la norma en contra de lo pretendido por la empresa, más aún tras la modificación en la redacción del precepto tras Real Decreto Ley 5/2013.

33 LÓPEZ CUMBRE, L.: "Legalidad de la «enmienda Telefónica». Despidos de trabajadores mayores de cincuenta años en empresas con beneficios", *Análisis Gómez Acebo & Pombo*, julio 2015, https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2018/03/legalidad-de-la-enmienda-telefonica-despidos-de-trabajadores-mayores-de-cincuenta-anos-en-empresas-con-beneficios.pdf

34 Apartado 9 del artículo 51 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

35 Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre, por la que se regula el convenio especial en el Sistema

Como regla común a todos los convenios, este instrumento tiene como objeto la cotización al r*égimen de la* Seguridad Social en cuyo ámbito se suscriba el convenio y la cobertura de las situaciones derivadas de contingencias comunes mediante el otorgamiento de las prestaciones a que se extienda la acción protectora de dicho r*égimen de la Seguridad Social por tales contingencias*. En este sentido, y en lo que se refiere estrictamente al convenio especial obligatorio del artículo 51.9 ET, "facilita" al trabajador en edad avanzada y que se ha visto expulsado del mercado laboral continuar completando sus cotizaciones hasta determinada edad al objeto de completar su carrera de cotización hasta la jubilación efectiva.

A estos efectos, y dado el importante coste empresarial dada la obligatoriedad de sufragar las cuotas [36], la mayor virtualidad de la medida se actualiza a modo de "contención", sobre todo en empresas de menor tamaño y número de trabajadores, pues en cierta manera actúa como una barrera efectiva frente a la inclusión de determinados colectivos de edad más avanzada en expedientes de regulación de empleo, no así en otros supuestos de extinciones del contrato de trabajo, cuestión esta que se presenta problemática. Dicho esto, desde la perspectiva práctica no parece que haya actuado con la eficacia con la que probablemente fuera diseñada en su origen.

Avanzando un paso más en el resto de medidas, en lo que se refiere al subsidio por desempleo previsto en la normativa de Seguridad Social [37], nos encontramos ante una medida que abarca muy heterogéneos supuestos y que, en lo que se refiere a trabajadores de más edad, en ciertos supuestos puede dar lugar al acceso a la prestación asistencial por desempleo para aquéllos trabajadores mayores de 52 años aún careciendo de responsabilidades familiares pero siempre

---

de la Seguridad Social.

36 Tal y como se previene en el desarrollo reglamentario, artículo 20 del Real Decreto, las cuotas correspondientes a estos convenios especiales en el caso de lo prevenido en el art. 51.9 ET, serán objeto de totalización por la TGSS respecto de cada trabajador **hasta que este cumpla 63 años de edad, o 61 años** cuando el despido colectivo sea por causas económicas, y por todas las contingencias incluidas en la acción protectora del Convenio especial. Estas cotizaciones **serán a cargo exclusivo del empresario**, que podrá optar, respecto de todos los trabajadores, por realizar un pago único de las mismas o por solicitar de la Tesorería General de la Seguridad Social el fraccionamiento de su pago en tantas anualidades como años le falten al trabajador o trabajadores para cumplir la edad de 63 o, en su caso, de 61 años, con un máximo de ocho o seis años, respectivamente, **resultando a cargo del trabajador las aportaciones al Convenio especial a partir del momento en que el trabajador cumpla la edad de 63 o, en su caso, de 61 años**.

37 Artículo 274 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

careciendo de las rentas exigidas al efecto. Sin perjuicio de no poder entrar en el presente trabajo en los aspectos de su régimen jurídico, tampoco es el objeto de este acercamiento a la cuestión, a los efectos pretendidos en la comunicación no creemos que nos encontremos ante una medida que se presente como suficientemente efectiva para permitir superar el juicio de proporcionalidad de la medida de afectación discriminatoria o no por razón de edad en el escenario de extinciones de contratos en reestructuraciones empresariales. Antes al contrario, y como su propio nombre indica, nos encontramos ante una prestación asistencial que seguramente en nada disuada a las empresas de la toma de la decisión desde la simple perspectiva de que no les supone una carga en su cuenta de resultados. Por lo tanto, no creemos que resulte válida a los efectos del debate planteado.

Distinto parecer en lo que se refiere a la última de las medidas examinadas, esto es, en relación con las mejoras complementarias de la acción protectora acordadas habitualmente en los planes sociales de acompañamiento en expedientes de regulación de empleo en grandes empresas. Aquí si que creemos que la concertación voluntaria de este tipo de complementos para tratar de evitar o minimizar el impacto de la salida del mercado laboral de los trabajadores en edad avanzada, legitima en cierto modo la decisión a los efectos de la superación del juicio de proporcionalidad de la decisión extintiva. El problema, desde nuestro punto de vista, no se reside tanto en el ajuste de estas medidas cu*á*nto en la obviedad derivada de la realidad de los datos, pues este tipo de medidas son concertadas habitualmente en grandes empresas que, si bien dan ocupación a un importante número de trabajadores, no dejan de resultar una minoría en términos de la completitud del mercado laboral.

Así, en lo que se refiere a estos últimos meses, en una simple lectura de noticias aparecidas en los medios de comunicación, comprobamos cómo en grandes corporaciones se recurre a la concertación de este tipo de medidas como reclamo para conseguir el acuerdo con los representantes legales de los trabajadores y efectuar así salidas pacíficas en cierto modo menos traumáticas [38], con importantes complementos a partir de determinadas edades [39] o, en ocasiones, incluso pactando cotizaciones a los trabajadores a partir de los 50 años [40]. O,

38 Es el caso del ERE de Caixabank, con "prejubilaciones" a partir de los 54 años, https://cincodias.elpais.com/cincodias/2021/07/01/companias/1625130605_136870.html

39 Es el caso del ERE de la fábrica de automóviles Ford en su planta de Almussafes, https://www.elconfidencial.com/empresas/2021-04-26/ford-almussafes-ere-despedir-600-trabajadores_3051383/

40 Es el caso del BBVA, ver reseña en https://cincodias.elpais.com/cincodias/2021/05/25/compa-

más allá, en una política desde luego digna de halago, excluyendo directamente a los trabajadores de más de 50 años [41].

4. A MODO DE CONCLUSIÓN: ¿RESULTA ADECUADO EL ACERCAMIENTO JURISPRUDENCIAL A LA CUESTIÓN? ¿SON SUFICIENTES LAS MEDIDAS IMPLEMENTADAS EN LA NORMA PARA JUSTIFICAR LA NO DISCRIMINACIÓN?

Como hemos apuntado líneas arriba siguiendo a determinado sector doctrinal, es cierto que puede efectuarse cierto reproche desde una aproximación meramente conceptual a la lectura que reside la clave a los efectos de la existencia de discriminación o no por razón de edad en el terrero de lo "*estrictamente eficientista*" [42]. Ahora bien, dicho esto, es cierto que, desde una visión práctica, los problemas derivados de la elección de los trabajadores afectados por las decisiones extintivas en procesos de reestructuración empresarial se presentan como irresolubles. En este sentido, hemos aludido igualmente a la existencia de conflictos judiciales planteados por trabajadores menores de 50 años quienes, precisamente con fundamento en la vulneración del segundo inciso del artículo 14 CE por razón de edad, alegaban la nulidad de las decisiones extintivas en procesos de reestructuración precisamente con apoyo en la mayor protección conferida al colectivo de edad más avanzada. En esta tesitura, los problemas aplicativos no parecen sencillos de resolver, por lo que es muy posible que esa interpretación a partir de la cual se concluye a favor de la consideración como legítima y proporcionada a la afectación de colectivos en edad avanzada sea suficiente desde la perspectiva de legalidad constitucional siempre y cuando las decisiones extintivas se vean acompañadas de medidas efectivas para atenuar los efectos en los trabajadores afectados.

En este debate, y a pesar de que confesamos que, en un primer acercamiento a la cuestión se nos planteaban serias dudas sobre el ajuste de este tipo de afectaciones, la realidad es que, para los trabajadores designados en despidos

---

nias/1621946208_940157.html

41 https://elpais.com/economia/2021-03-08/el-corte-ingles-excluye-del-ere-a-los-mayores-de-50-anos.html

42 BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: "Despido colectivo y selección de trabajadores: ¿La "edad" es un criterio no discriminatorio? (STC 66/2015)" en Una mirada crítica a las relaciones laborales, Blog de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, https://ignasibeltran.com/2015/06/12/despido-colectivo-y-seleccion-de-trabajadores-la-edad-es-un-criterio-no-discriminatorio-stc-662015/.

colectivos, la existencia de medidas como las de la aportación al Tesoro Público, con la "reinversión" consecuente a estos efectos, la obligatoriedad de suscripción del convenio especial con la Seguridad Social y, sobre todo, la suscripción de mejoras voluntarias en la acción protectora a través de la implementación de medidas en los planes sociales de acompañamiento, se presentan como lo suficientemente efectivas para la superación del juicio de proporcionalidad en lo que concierne a los trabajadores cubiertos por las mismas.

A partir de aquí, y creemos que esta es la cuestión pendiente, podemos convenir en dos reflexiones que pueden servirnos como punto de partida para profundizar en esta tan importante cuestión.

En primer lugar, la realidad de los datos acredita que todo este conjunto de medidas legales e iniciativas, ni han servido, ni van a servir para detener este paulatino y progresivo proceso de expulsión del mercado laboral de un activo de trabajadores tan importante como el de los mayores de 50 año. En segundo término, quizá mucho más preocupante, hablamos de medidas que se plantean en el contexto de despidos colectivos, no en otros contextos de decisiones extintivas no protegidas, medidas cuyo aseguramiento no lo es en términos absolutos ni mucho menos, pese al progresivo "endurecimiento" de la norma en algunos aspectos, y que, en definitiva, no alcanzan sino a un porcentaje probablemente muy menor en relación con el de los trabajadores de edad avanzada expulsados del mercado laboral. Siendo así, seguramente exista recorrido para avanzar en la implementación de algunas medidas en el intento proteger a este colectivo de trabajadores.

5. BIBLIOGRAFÍA CITADA

ARAGÓN GÓMEZ, C.: "La aportación económica al Tesoro Público prevista en la DA 16ª Ley 27/2011, fruto de la conocida «Enmienda Telefónica», al hilo de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 5 de junio de 2015, núm. 77/2015", *Revista de Información Laboral*, nº 9, 2015

BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: "Despido colectivo y selección de trabajadores: ¿La "edad" es un criterio no discriminatorio? (STC 66/2015)" en Una mirada crítica a las relaciones laborales, Blog de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, https://ignasibeltran.com/2015/06/12/despido-colectivo-y-seleccion-de-trabajadores-la-edad-es-un-criterio-no-discriminatorio-stc-662015/

DE CASTRO MARÍN, E.: *Despido colectivo "de Hecho". Aspectos controvertidos en la aplicación práctica del Art. 51.1 ET*. Thomson Reuters. Aranzadi, 2018, Editorial Aranzadi S.A.U.

DEL REY GUANTER, S.: "Despido y protección de los trabajadores de mayor edad: sobre la disposición adicional decimosexta de la Ley 27/2011, sus sucesivas modificaciones y la necesidad de su redefinición", *Iuslabor,* 2014, sección Editorial, núm. 3/2014

DESDENTADO BONETE, A., DURÁN HERAS, A.: "Jubilaciones anticipadas y jubilaciones diferidas entre la política de empleo y las exigencias de control del gasto", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales,* 2002, extra 1, ejemplar dedicado a la jubilación flexible

LÓPEZ CUMBRE, L.: "Legalidad de la «enmienda Telefónica». Despidos de trabajadores mayores de cincuenta años en empresas con beneficios", *Análisis Gómez Acebo & Pombo*, julio 2015, https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2018/03/legalidad-de-la-enmienda-telefonica-despidos-de-trabajadores-mayores-de-cincuenta-anos-en-empresas-con-beneficios.pdf

POQUET CATALÁ, R.: "Criterios de selección, prioridad de permanencia, prohibición de discriminación y trabajadoras embarazadas", *Revista de Información Laboral*, num.10/2018, Editorial Aranzadi, S.A.U.

SÁEZ LARA, C., *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015

VIOLENCIA Y DISCRIMINACIÓN LABORAL POR RAZÓN DE GÉNERO PARTICULARIDADES EN CONTEXTO DE COVID 19

VIVIANA MARIEL DOBARRO

Abogada UBA. Jueza Nacional del Trabajo. Especialista en Derecho Laboral y Especialista en Administración de Justicia, UBA. Máster en Empleo, Relaciones Laborales y Diálogo Social en Europa y Máster en Igualdad de Género, Universidad de Castilla La Mancha. Profesora Titular de Derecho del Trabajo I y Profesora Adjunta Regular de Derecho del Trabajo II, Carrera de Relaciones del Trabajo UBA. Docente de la Escuela Judicial Consejo de la Magistratura de la Nación. Docente Facultad de Derecho UBA.

ABSTRACT: In this paper we will reflect on gender stereotypes and prejudices and its roots in our societies, on constitutional, international, ILO and national law to protect women from violence and discrimination at work. We will examine the scope of the duty to prevent, punish and eradicate gender violence. We will consider the female face of care tasks in times of pandemic, because "to take care", "to take care of ourselves", "to take care of ourselves" are the words in common use in these times; as well as the effects that confinement has on women. We will claim the right to live and work in an environment free of violence, without discrimination and with effective equality of opportunities; essential postulates to build a just, supportive, democratic and inclusive society.

KEYWORDS: Gender violence. Discrimination at work. Equal opportunities.

I. INTRODUCCIÓN

La humanidad está transitando tiempos complejos e inusuales. El mundo entero se encuentra en lucha contra el Covid 19, un enemigo invisible que tiene en jaque al planeta, con diferentes alcances y particularidades, pero con un denominador común que es la amenaza a la salud y la vida de la población.

La pandemia[1] ha sembrado temor, angustia e incertidumbre y también ha incrementado el desempleo y la pobreza. Resulta complejo y preocupante vislumbrar cómo será nuestra vida en la postpandemia.

Pero, simultáneamente, hemos puesto el foco de nuestra atención sobre determinadas circunstancias que en épocas normales no visibilizábamos en su real dimensión, entre ellas, el valor de la salud y la vida, los efectos de las desigualdades estructurales y su impacto diferencial en momentos de crisis y la relevancia de mantener un adecuado funcionamiento de los servicios esenciales. Sobre este último aspecto debemos remarcar que cuando en los diferentes Estados se impuso el confinamiento –o, como se llamó en Argentina, el aislamiento social, preventivo y obligatorio- las actividades y personas exceptuadas eran quienes realizaban las tareas esenciales o indispensables para la vida, la salud y la seguridad de la población; que, a esta altura debe señalarse con especial énfasis,

1 https://www.who.int/es/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020

suelen ser –al menos en Argentina- actividades en las que se perciben salarios bajos e incluso con altos niveles de precarización de quienes trabajan en ellas.

Así como los dos conflictos bélicos mundiales del siglo XX han significado –para el mundo entero, pero particularmente para los países involucrados- profundos cambios políticos, sociales y económicos, también contribuyeron al nacimiento de la Organización Internacional del Trabajo (tras la primera guerra mundial) y a la consolidación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (la segunda guerra mundial). En igual sentido podemos preguntarnos cuáles serán las consecuencias que se habrán de derivar de la pandemia del siglo XXI y, al momento, la respuesta es incierta. Aunque, lo que sí está claro es que los Estados, sus poblaciones y nuestras propias vidas ya no serán iguales, importantes modificaciones se están operando y seguirán produciéndose.

Hay quienes sostienen que la pandemia no hace diferencias, no distingue, pues amenaza y/o ataca a todos y todas por igual. Ahora bien, dicha afirmación no condice con lo que los organismos internacionales señalan en lo relativo al impacto diferencial que tiene en poblaciones vulnerables[2].

Además, por alguna razón que la psicología o la sociología deberán analizar, han recrudecido prácticas segregacionistas, xenófobas, discriminatorias y violentas. Y, en tal contexto, no podemos soslayar el alarmante incremento de los casos de violencia contra las mujeres en sus diversas modalidades.

Por otra parte, en tiempos en los que como consecuencia de la pandemia la palabra que más hemos pronunciado se vincula con el "cuidar", "cuidarse", "cuidarnos", "cuidados", no se puede desconocer la importancia de las tareas domésticas y de cuidado y su asignación al interior de cada familia, preferentemente a las mujeres como consecuencia de los estereotipos de género imperantes, a la par que las enormes dificultades para compatibilizar la vida laboral con la doméstica y el cuidado familiar y comunitario.

2 http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/documents/briefingnote/wcms_745965.pdf https://www.conicet.gov.ar/wp-content/uploads/resumen_ejecutivo_mujeres_y_covid_-_mincyt-conicet_-_mingen.pdf

II. HACIENDO UN POCO DE HISTORIA.

El derecho del trabajo es un derecho del siglo XX, que nace y se estructura después de una larga lucha social, cuyos protagonistas fueron los trabajadores y las trabajadoras que se organizaron en procura de la defensa común. No es un derecho gestado pacíficamente sino arrancado al régimen capitalista y liberal imperante en los siglos XVIII y XIX, como consecuencia de la situación de gran desprotección en la que estaba sumida la clase trabajadora y para establecer mecanismos de corrección de la natural desigualdad existente en el poder de negociación entre las partes contratantes.

Este carácter protectorio ha convertido al derecho del trabajo en un derecho unidireccionalmente tuitivo, con una única y exclusiva meta: la tutela de la persona que trabaja. Objetivo que, pese a los cambios operados durante más de un siglo en la forma y modalidades en que se presta el trabajo, mantiene plena vigencia. Y ello se debe a que sigue siendo un requisito ineludible para el mantenimiento de la paz social la atenuación -a través de normas de mínima y obligatorias- del desigual poder de negociación de los sujetos de la relación de trabajo. Finalidad que se observa en el art. 17 Bis Ley de Contrato de Trabajo (en adelante LCT) [3] y que persiste como horizonte de protección.

Sentado ello, no podemos soslayar el rol crucial que a las mujeres les cupo en la lucha contra la "discriminación". Uno de los sectores de la sociedad que más tempranamente enarboló las banderas de la igualdad de trato y la no discriminación. Entre los innumerables ejemplos de tal accionar -en muchas ocasiones con consecuencias trágicas-, cabe mencionar a las trabajadoras muertas en una fábrica de Nueva York en el marco de una lucha por condiciones "dignas" de trabajo, en cuyo honor –según algunas versiones- se instauró el "Día Internacional de la Mujer"[4].

Desde aquéllas mujeres que luchaban por el derecho al voto (conocidas como las sufragistas) a las que hoy luchan por los derechos sexuales y reproduc-

3 DOBARRO, Viviana Mariel, "40 años de la LCT El art. 17 Bis: un retorno a los principios generales del Derecho del Trabajo", *Revista Derecho del Trabajo,* Ed. Infojus, Nro. 9, diciembre de 2014.

4 DOBARRO, Viviana Mariel, "La discriminación en el ámbito laboral: una violación al derecho fundamental a no ser discriminado y al mandato constitucional 'promover el desarrollo humano con justicia social'", ponencia presentada y sobre la que diserté en el III Foro de Mujeres contra la Corrupción y I interamericano, organizado por MEI-Fundación Mujeres en Igualdad, UNDEF The United Nations Democracy Funds y UNIFEM-Fondo de Desarrollo de Naciones Unidas para la Mujer, Buenos Aires, 29 de septiembre a 1 de octubre de 2008.

tivos, por el medio ambiente y la ecología, entre otros, el movimiento feminista ha enarbolado diferentes banderas y adoptado distintas particularidades.

Por lo demás, si bien la discriminación por razón de género, especialmente la situación de las mujeres en el mundo del trabajo, es uno de los ámbitos en que mayores avances se produjeron en los últimos dos siglos, todavía queda mucho camino por andar, principalmente en orden a romper el "techo de cristal" y liberarse del "piso pegajoso"[5]. Fenómenos a los que se ha referido la OIT en innumerables oportunidades, considerándolos el principal obstáculo para la inserción y crecimiento profesional de las mujeres; aspecto de la problemática bajo examen que sigue siendo el numéricamente más significativo y también socialmente más difundido.

III. PREJUICIOS Y ESTEREOTIPOS COMO GERMEN DE LA DISCRIMINACIÓN Y LA VIOLENCIA.

La violencia y la discriminación por razón de género, constituyen flagelos que pueden afectar a la persona humana en cualquiera de los ámbitos en que se desempeña, entre ellos el laboral[6]. Sus diferentes expresiones resultan siempre repudiables y traen aparejadas consecuencias de diferente índole, en la salud psicofísica, en el patrimonio o en la vida de quien la sufre, así como en sus relaciones interpersonales y en el proyecto de vida y pueden presentarse en los diferentes ámbitos en que una persona se desarrolla[7]. Todo ello, en ocasiones, puede potenciarse a partir de la pertenencia a otro grupo vulnerable o por encontrarse en una situación de mayor vulnerabilidad como puede ser –por ejemplo- la pobreza, la enfermedad, la condición de inmigrante. Es decir, cuando quién sufre este tipo de prácticas pertenece a dos categorías vulnerables se ve expuesta a discriminaciones múltiples[8] y, por ende, el abordaje deberá hacerse desde la interseccionalidad.

---

5 ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_712957.pdf

6 DOBARRO, Viviana Mariel-DEL MAZO, Carlos Gabriel, "La discriminación en el ámbito laboral", 1ra. Parte, Editorial Errepar, *Revista Doctrina Laboral,* Nro. 230, noviembre de 2004, págs. 1067 y sigs.

7 Dobarro, Viviana Mariel, "El Derecho del Trabajo ante la discriminación en el ámbito laboral, con especial referencia a la discriminación por razón de género", *Temas de Derecho Laboral y de la Seguridad Social, Colección Compendio Jurídico,* Erreius, Septiembre 2019, pág. 759 a 789.

8 La O.I.T., en OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, OIT, La hora de la igualdad en el trabajo, Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, Ginebra, 2003, define la cuestión en los siguientes

Previo a todo, cabe adelantar que en el diseño de la Convención Interamericana para la prevención, sanción y erradicación de la violencia contra la mujer (Convención de Belem Do Pará), del Convenio 190 OIT para la eliminación y el acoso en el mundo del trabajo y de la ley 26485 de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, la discriminación es entendida como una de las posibles expresiones de la violencia laboral.

Ahora bien, la discriminación o la violencia laboral se pueden verificar en las diferentes instancias del contrato de trabajo, es decir, en el proceso de selección de personal o acceso al puesto de trabajo; durante el desarrollo del contrato de trabajo o al momento de la ruptura del vínculo; o en las diferentes circunstancias que contempla el art. 2 del citado Convenio 190 OIT.

Sentado ello, corresponde recordar que sin perjuicio de las diferentes acepciones que tiene el vocablo discriminación, en la actualidad la palabra posee una carga emotiva que nos remite a prácticas repudiables. Y, en tal sentido, sostenemos[9] que se refiere al trato diferente, y peyorativo, que se le da a determinada persona o grupo fundado en circunstancias o razones de tipo subjetivas, vinculadas con las características que se le atribuyen a los integrantes de un grupo en particular (ya sea que pertenezca a él por su origen o como consecuencia de opciones personales).

En toda conducta discriminatoria o en diferentes expresiones de la violencia se encuentra implícito un prejuicio segregacionista, la consideración de la otra persona como inferior, en virtud de su pertenencia a una específica categoría o por tener ciertos caracteres[10] y proyecta una mirada de desvalorización a su respecto.

términos: "Muchas personas son víctimas de una discriminación múltiple. Los pueblos indígenas y tribales, por ejemplo, se encuentran entre los más pobres entre los pobres, y las mujeres de estos grupos se ven incluso más gravemente afectadas. La intensidad o la gravedad de las desventajas que afrontan depende del número de características personales que suscitan discriminación y de la manera en que éstas actúan entre sí. Una persona, por ejemplo, puede tener varias características que generan discriminación. Existe una tendencia a que las personas pobres, particularmente quienes sufren una pobreza crónica y quienes se encuentran en el sector de la economía informal, sean víctimas de varias formas de discriminación".

9 DOBARRO, Viviana Mariel, "La no discriminación y la igualdad de trato en el empleo, Editorial Errepar, *Revista Doctrina Laboral,* Nro. 135, noviembre de 1996, págs. 951

10 KIPER, Claudio M., *Derechos de las minorías ante la discriminación*, Ed. Hammurabi, Bs. As., 1998, pág. 287, SABA, Roberto P., Discriminación, trato igual e inclusión, en *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales nacionales,* compiladores Martín Abregú y Christian Courtis, CELS, Centro de Estudios Legales y Sociales, Editores del Puerto SRL, Bs. As.,

Los prejuicios[11] –usualmente- surgen a partir del desconocimiento o la ignorancia respecto del "otro" o la "otra", lo que lleva a que se le adjudiquen determinados rasgos "distintivos", exagerados o erróneos que, al generalizarse, contribuyen a la conformación de estereotipos y suelen originar la segregación de quien los posee.

Párrafo aparte merece el uso del lenguaje y los innumerables estereotipos que a través de él se reproducen socialmente, especialmente por la importancia de la lengua hablada en las relaciones interpersonales, de poder y en la reproducción de patrones culturales que se transmiten de generación en generación; fenómeno que adquiere gran notoriedad en la discriminación y la violencia de género[12].

Estrechamente vinculado al derecho a la no discriminación encontramos el derecho a "ser diferente"[13], a elegir el propio destino, a desarrollar un proyecto de vida personal y a no ser tratado perjudicialmente por dicha circunstancia, lo que además se vincula con el reconocimiento del derecho a la identidad[14].

Hay tanto de cultural en el trato discriminatorio, están tan internalizados en la sociedad algunos prejuicios o estereotipos, que resultan muy difíciles de remover o abrogar y es por ello que los avances en la materia suelen ser muy lentos.

Los cambios operados en la forma de relacionarnos socialmente nos han permitido comprender la transversalidad del fenómeno, así como su nota evolutiva (fundamentalmente como consecuencia de sus raíces en las prácticas culturales de cada sociedad en su contexto temporal).

Es decir, en la discriminación y la violencia por razón de género, en su origen, se observa marcadamente la proliferación de prejuicios y estereotipos

---

1997, p. 561. DOBARRO, Viviana Mariel, "Las medidas de acción positiva y la ley 25.674. La participación proporcional de las mujeres en la actividad sindical y en las comisiones negociadoras de los convenios colectivos de trabajo", Errepar, *Doctrina Laboral,* Nro. 216, p. 734.

11 KIPER, Claudio M., op. cít., págs. 46 y 47.

12 La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, en el Preámbulo estipula que: "Reconociendo que para lograr la plena igualdad entre el hombre y la mujer es necesario modificar el papel tradicional tanto del hombre como de la mujer en la sociedad y la familia" y, en especial, el art. 5 en cuanto prevé que "Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para: a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier índole que estén basados en la idea de inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres...".

13 KIPER, Claudio M., op. cít., págs. 133 y 134.

14 SAGÜÉS, Néstor P., *Elementos de derecho constitucional*, Tomo 2, 2da. edición actualizada y ampliada, Ed. Astrea, Bs. As., 1997, pág. 280.

de género[15], por ello las políticas públicas deberán encaminarse a su remoción, pero –además- habrá que identificarlos a la hora de juzgar y/o sancionar estos hechos repugnantes.

Con relación a los estereotipos de género "No puede decirse que la historia ignorara a las mujeres, sino que apenas justipreció su participación más allá de los círculos domésticos y de la esfera de la intimidad... Las funciones de la maternidad y el cuidado de la familia, que se creían constitutivos de la esencia femenina, la eximían del ejercicio de otras responsabilidades. Estas tareas eran incompatibles con las rudas responsabilidades de la "cosa pública", cosa de hombres … la consolidación del estereotipo femenino es una de las contribuciones del siglo XIX… "[16].

Cabe recordar que cuando aludimos al "género" lo hacemos en el sentido interpretativo que marcó Simone de Beauvoir[17], al afirmar que "no se nace mujer, se llega a serlo" y dejó, así, en evidencia que ser mujer no era una esencia o algo natural, sino que había sido construido a través de los siglos por la cultura y la sociedad, es decir se trata de una construcción cultural.

Esos estereotipos de género han signado la forma y las actividades en las que las mujeres nos hemos insertado al ingresar al "mundo del trabajo", de modo que no resulta casual que nos incorporemos mayoritariamente a empleos o profesiones estrechamente ligadas o vinculadas con las tareas de cuidado, tal el caso del trabajo en casas particulares, el cuidado de personas enfermas o de edad avanzada o de niños y niñas, la enfermería, la docencia en el nivel inicial y primario, entre otras. Actividades todas ellas en las que –por otra parte- se perciben remuneraciones notoriamente más bajas que aquellas otras ligadas a lo comercial o industrial. Es

15 Instituto Nacional de las Mujeres de México, INMUJERES, Glosario de Género, 2007, pág. 62. Los estereotipos son creencia sobre los colectivos humanos que se crean y comparten en y entre los grupos dentro de una cultura determinada. Los estereotipos sólo llegan a ser sociales cuando son compartidos por un gran número de personas dentro de grupos o entidades sociales (comunidad, sociedad, país, etc.). Se trata de definiciones simplistas usadas para designar a las personas a partir de convencionalismos que no toman en cuenta sus características, capacidades y sentimientos de manera analítica. También referidos como estereotipos sexuales, reflejan las creencias populares sobre las actividades, los roles, rasgos características o atributos que caracterizan y distinguen a las mujeres de los hombres. De esta forma, son las imágenes culturales que se asignan a los sexos, por ejemplo, que los hombres visten de azul o celeste y las mujeres de rosa, o que estas son sentimentales y los hombres no lloran. S eliminación es un factor importante para lograr la igualdad.

16 BARRANCOS, Dora, *Mujeres en la sociedad argentina. Una historia de cinco siglos*, Ed. Sudamericana, Bs. As., 2007, pág. 11 y sig.

17 BEAUVOIR, Simone, *El segundo sexo,* Aguilar, Madrid, 1981, p. 247

decir, en nuestra actividad laboral o profesional usualmente reproducimos esos estereotipos de género tan arraigados en nuestra cultura.

A esta altura, resulta imperativo que en el ámbito del derecho del trabajo incorporemos la noción "perspectiva de género" y abandonemos aquella que circunscribe las protecciones al "sexo" o a la "mujer", objetivo que se ha consolidado en las últimas décadas como horizonte al que corresponde dirigirse en pos de avanzar en la construcción de estados y sociedades democráticas.

Y, cabe aclarar, que se entiende por perspectiva de género legislar o resolver los casos judiciales con una mirada diferente, con nuevos anteojos para leer la realidad y los conflictos, los lentes de la igualdad efectiva de oportunidades, los lentes de la paridad, los del respeto por los derechos fundamentales de la persona sin distinción alguna, los de la tolerancia y la inclusión, los lentes que muestran o exhiben cómo las mujeres sufrimos violencia, muerte, postergaciones o un trato diferente y menos favorable como consecuencia de ser mujeres, exclusivamente por ello. Y que, cuando –además- sumamos alguna otra condición de vulnerabilidad los efectos se potencian.

Aquí cabe remarcar que varones y mujeres hemos sido formados, criados y educados reproduciendo estos roles de género y el machismo o las conductas patriarcales no son exclusividad de los varones. También tenemos que señalar que progresivamente varones y mujeres vamos sumando la perspectiva de género en nuestro accionar, en nuestras prácticas sociales y también en las normas y en su aplicación, como consecuencia de la deconstrucción progresiva de estos estereotipos que están tan enraizados.

Para incorporar la perspectiva de género es fundamental la formación y capacitación de las personas que intervienen en la sanción y aplicación de las normas jurídicas, a la par que hacer un ejercicio individual y personal para identificar estos comportamientos en nuestras vidas, en nuestros lugares de trabajo y en las decisiones judiciales que dictamos o en cuya elaboración participamos.

IV. DE LA IGUALDAD FORMAL ANTE LA LEY A LA IGUALDAD EFECTIVA DE OPORTUNIDADES EN LA NORMATIVA CONSTITUCIONAL E INTERNACIONAL

La prohibición de efectuar discriminaciones tiene como contracara la obligación de dar un igual tratamiento; pautas que se fundan en la naturaleza igual

de todos los seres humanos, en la dignidad y libertad inherentes a la condición de persona humana. Y, en tal sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante CSJN) ha señalado que integra el dominio del ius cogens[18].

Dicha obligación ha ido evolucionando desde la primigenia y genérica "igualdad ante la ley" hasta llegar al concepto o la garantía de "igualdad de oportunidades"[19].

De tal forma que, en las típicas constituciones de los siglos XVIII y XIX, en consonancia con la filosofía liberal e individualista imperante en la época[20], el paradigma era la igualdad ante la ley. La Constitución Nacional (en adelante CN), en su texto 1853-1860, por ejemplo, en el art. 16 recoge fielmente ese modelo al sentar el principio de igualdad ante la ley y del requisito de la idoneidad para el ingreso al puesto de trabajo.

Otra norma significativa a los fines del tema que nos convoca, el art. 19 de la CN establece, por un lado, el derecho a la intimidad, con todas las implicancias que –hoy, en pleno siglo XXI- de ello derivamos en lo relativo al derecho a la "identidad", a ser quien autónomamente uno elija ser, a decidir sobre el propio destino y, en consecuencia, a vivir de acuerdo a las propias preferencias y efectivizando autónomamente las propias opciones de vida. Y, además, contiene el deber genérico de no dañar y, al respecto, no se puede obviar que el trato discriminatorio, en cualquiera de sus formas, trae siempre aparejado algún tipo de daño, al menos el moral derivado del avasallamiento de la dignidad humana[21].

Estos postulados –fundamentalmente- en lo relativo a la igualdad ante la ley, también fueron receptados en la normativa internacional, entre otros, en el art. 2 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (aprobada en mayo de 1948) y en los arts. 1, 2, 7 y 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (adoptada y proclamada en diciembre de 1948).

---

18 CSJN,"Alvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud S.A. s/ acción de amparo", 7/12/10.

19 Sobre esta evolución del concepto se puede consultar el relato efectuado por KIPER, Claudio M., *Derechos de las minorías ante la discriminación,* Ed. Hammurabi, Bs. As., 1998, págs. 114 a 127.

20 Filosóficamente inspiradas en los postulados centrales de la Revolución Francesa "Libertad-Igualdad-Fraternidad"

21 DOBARRO, Viviana Mariel – DEL MAZO, Carlos Gabriel, "Análisis de la indiscriminación y los derechos fundamentales de la persona", *Equipo Federal del Trabajo, Año I Revista Nº 1*, págs. 67-85, 2005.

Otro hito significativo ha sido la incorporación al texto histórico de la CN del art. 14 bis, en el año 1957. Disposición que, al referirse a la igualdad, sólo lo hace en relación a la remuneración y la sujeta a la verificación de idénticas circunstancias: "...igual remuneración por igual tarea...". Este parámetro, según lo que se desprende del debate producido en el seno de la Convención Nacional Constituyente, tuvo por objeto equiparar los salarios que percibía la trabajadora mujer en relación con los recibidos por los hombres[22], pues los de aquéllas eran considerablemente inferiores a los de estos últimos, circunstancia que aún hoy en muchos ámbitos sigue vigente, pese a los avances normativos que iremos señalando.

Tal motivación recogió las directivas emitidas por la Organización Internacional del Trabajo, entre otros, en los Convenios Nro. 100 sobre la igualdad de remuneración (del año 1951 y ratificado por nuestro país en el año 1956)[23].

En la Convención Americana sobre Derechos Humanos (suscripta en 1969, que entró en vigor en 1978 y que nuestro país ratificó recién en 1984) en el art. 1 se consagra el derecho a un trato igual y en el art. 24 la igualdad ante la ley.

Como ya hemos adelantado, no podemos hablar de igualdad ante la ley cuando algunas personas, desde su origen, nacimiento o pertenencia a determinada categoría, se ven sometidas a una situación de desigualdad estructural[24]. A fin de corregir esa desigualdad estructural resulta adecuado implementar medidas concretas tendientes a garantizar la igualdad real de oportunidades de ejercicio de los derechos humanos.

En tal sentido y a guisa de ejemplo, podemos citar el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (adoptado en diciembre de 1966),

22 BIDART CAMPOS, German J., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino,* Tomo I, Ed. Ediar, Bs. As., 1988, pág. 401, explica que "...El derecho de percibir igual remuneración por igual tarea tiene una ratio histórica en su formulación, dentro de las convenciones internacionales que lo han acogido, y del derecho comparado. La equiparación tendió a eliminar los salarios inferiores por razón de sexo, o sea, a obtener la misma paga para el hombre y la mujer cuando realizaban el mismo trabajo…".

23 VON POTOBSKY, Geraldo W. - BARTOLOMEI DE LA CRUZ, Héctor G., *La Organización Internacional del Trabajo*, Ed. Astrea, Bs. As., 1990, págs. 379 a 389, reseñan los antecedentes y experiencias considerados por la O.I.T. respecto a las desigualdades remuneratorias entre hombres y mujeres, imperantes al momento en que se elaboraron los Convenios que rigen en la materia.

24 SABA, Roberto, *Más allá de la igualdad formal ante la ley. ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?*, Siglo veintiuno Editores, Colección derecho y política, Bs. As., 2016, pág. 81

arts. 2, 3 y 7 y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (también aprobado en diciembre de 1966), arts. 2, 3, 24, 25, 26 y 27.

Párrafo aparte merecen la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, en cuanto se refieren íntegramente a la problemática discriminatoria y a la lucha contra dicho flagelo y, además, establecen que los Estados Parte están obligados a adoptar medidas especiales tendientes a asegurar el progreso en materia de igualdad racial y de género.

La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (instrumento del ámbito de la Organización de las Naciones Unidas, firmada en 1979, entró en vigencia en 1981, fue ratificada por la República Argentina en 1985 y tiene jerarquía constitucional desde 1994), en el art. 4, preceptúa que "...La adopción por los Estados Partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención, pero de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato". Si bien la convención vincula el derecho a la igualdad con la obligación de eliminar la discriminación en todas las esferas de la vida pública y privada, alude a la discriminación directa o indirecta y no hace expresa mención a la violencia, la Recomendación General N° 19[25] sobre violencia contra la mujer del Comité establece que la discriminación es una forma de violencia, reconoce los efectos de la violencia y su impacto en un conjunto de derechos de las mujeres y recomienda a los Estados Parte medidas de prevención, mecanismos de denuncia, protección y sanción, elaboración de estadísticas, programas de capacitación, entre otras medidas.

La reforma constitucional de 1994 implicó un cambio de paradigma al incorporar la noción "igualdad efectiva de oportunidades en el ejercicio de los derechos". Por ejemplo, se le asignó jerarquía constitucional a una serie de

25 Cabe recordar que la CSJN, a partir del pronunciamiento dictado en "Giroldi, Horacio David y otro s/ recurso de casación", sentencia del 7/4/1995, estableció que las pautas que señalan los comités, consejos u organismos creados por cada instrumento internacional marcan la línea interpretativa de la norma internacional en cuestión y a que ello se refiere el art. 75 inc. 22 cuando alude a las "condiciones de su vigencia"; criterio que fue reiterado con posterioridad en numerosos pronunciamientos.

instrumentos internacionales de derechos humanos (art. 75, inc. 22), en cuyo articulado se encuentran referencias concretas a esta temática. Por otra parte, el art. 37 CN consagra la igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios, lo que se garantizará por acciones positivas en la regulación de los partidos políticos y el régimen electoral. El art. 43 incorpora al texto constitucional a la acción de amparo como una vía idónea y rápida para reclamar frente a –entre otros supuestos- las conductas discriminatorias[26]. El art. 75 inc. 19 impone la obligación de promover políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones y que garantiza la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna en materia educativa y el inc. 23 pone a cargo del Congreso la obligación de legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y los tratados internacionales vigentes en materia de derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.

Por último y en cuanto a las normas que protegen especialmente a las mujeres, la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, conocida como "Convención de Belem Do Para", instrumento del ámbito interamericano, aprobado en 1994, entró en vigencia en 1995 y fue ratificada en 1996, no sólo se refiere a la violencia doméstica, sino también a la que se verifica en el lugar de trabajo. Los derechos por ella reconocidos cuentan con dos mecanismos de protección: la Comisión Interamericana[27] y la Corte Interamericana de Derechos Humanos[28].

---

26 DOBARRO, Viviana Mariel, "La acción de amparo y la protección de los derechos sociales (1ra. y 2da. parte)", Editorial Errepar, *Doctrina Laboral*, Nros. 156 y 157, respectivamente, agosto y septiembre de 1998, págs. 766 y 856 y sigs.

27 La Comisión, en el caso «M.d.P», 16/4/01, resolvió que la impunidad que ha gozado el agresor y ex esposo de la víctima, es contraria a la obligación internacional asumida por el Estado al ratificar la Convención de Belem do Pará. La falta de juzgamiento y condena del responsable en estas circunstancias constituye un acto de tolerancia por parte del Estado y esa omisión de los tribunales de Justicia brasileños agrava las consecuencias directas de las agresiones evidenciando una tolerancia de todo el sistema que no hace sino perpetuar las raíces y factores psicológicos, sociales e históricos que mantienen y alimentan la violencia contra la mujer. Existe responsabilidad del Estado por el incumplimiento de los deberes asumidos en orden a garantizar la protección de los derechos a una vida libre de violencia, a que se respete su vida, su integridad física, psíquica y moral y su seguridad personal, su dignidad personal y a un recurso sencillo y rápido ante los tribunales competentes que la ampare contra actos que violen sus derechos.

28 Entre los principales pronunciamientos de la CorteIDH, podemos citar el Caso González y otras

La convención reconoce que la violencia contra la mujer constituye una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales y limita total o parcialmente a la mujer el reconocimiento, goce y ejercicio de tales derechos y libertades. Y que la violencia constituye una ofensa a la dignidad humana y es una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y varones, además de trascender las variables de clase, raza o grupo étnico, nivel de ingresos, cultura, nivel educacional, edad y religión.

V. LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO Y LA DISCRIMINACIÓN Y LA VIOLENCIA LABORAL POR RAZÓN DE GÉNERO.

La Organización Internacional del Trabajo tiene, desde su creación en el año 1919, entre sus objetivos primordiales la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos. Si bien la expresión "derechos humanos" no figura en el texto constitucional de la Organización Internacional del Trabajo, su idea misma está subyacentes en los principios y en los objetivos constitucionales, ya que el Preámbulo hace hincapié en la estrecha relación existente entre la paz y la justicia social, sosteniendo que esta última "... está reconocida como una condición de paz universal...existen condiciones de trabajo que implican,

("Campo Algodonero") Vs. México, sentencia del 16/11/2009, Serie C-205, párrafo 398, en el que se dijo que **"**La Cultura de discriminación" de la mujer "contribuyó a que [los] homicidios [de mujeres en Ciudad Juárez] no fueran percibidos en sus inicios como un problema de magnitud importante para el cual se requerían acciones inmediatas y contundentes por parte de las autoridades competentes". La irregular y deficiente actuación de las autoridades del Estado a la hora de buscar el paradero de las víctimas una vez reportada su desaparición, la mala diligencia en la determinación de la identidad de los restos, de las circunstancias y causas de las muertes, el retraso en la entrega de los cadáveres, la ausencia de información sobre el desarrollo de las investigaciones y el trato dado a los familiares durante todo el proceso de búsqueda de verdad configura un trato degradante, contrario al artículo 5.1 y 5.2 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1, en perjuicio de los familiares; que cuando la impunidad de los delitos cometidos envía el mensaje de que la violencia contra la mujer es tolerada, se favorece su perpetuación y la aceptación social del fenómeno, el sentimiento y la sensación de inseguridad en las mujeres, así como una persistente desconfianza de éstas en el sistema de administración de justicia; y que los Estados deben adoptar medidas integrales para cumplir con la debida diligencia en casos de violencia contra las mujeres. En particular, deben contar con un adecuado marco jurídico de protección, con una aplicación efectiva del mismo y con políticas de prevención y prácticas que permitan actuar de una manera eficaz ante las denuncias. La estrategia de prevención debe ser integral, es decir, debe prevenir los factores de riesgo y a la vez fortalecer las instituciones para que puedan proporcionar una respuesta efectiva a los casos de violencia contra la mujer. Asimismo, los Estados deben adoptar medidas preventivas en casos específicos en los que es evidente que determinadas mujeres y niñas pueden ser víctimas de violencia. Todo esto debe tomar en cuenta que en casos de violencia contra la mujer, los Estados tienen, además de las obligaciones genéricas contenidas en la Convención Americana, una obligación reforzada a partir de la Convención Belém do Pará.

para gran número de personas, la injusticia, la miseria y las privaciones, lo que engendra tal descontento, que la paz y la armonía universales son puestos en peligro ... la no adopción, por una nación …de un régimen de trabajo realmente humano pone obstáculos a los esfuerzos de las demás naciones deseosas de mejorar la suerte de los obreros en sus propios países...".

En la Constitución de la OIT, tal como fue originalmente adoptada en 1919, se establece como de "especial y urgente importancia" el principio de salario igual, sin distinción de sexo, para trabajos de igual valor (art. 41). Posteriormente, en la Declaración de Filadelfia, adoptada en 1944, se proclamó como principio fundamental que "...todos los seres humanos sin distinción de raza, credo o sexo, tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condición de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades [párrafo II, ap. a)], reconociendo la obligación de la Organización Internacional del Trabajo de fomentar entre las naciones programas que permitan … "garantizar igualdad de oportunidades educativas y profesionales" [párrafo III, ap. j)].

El Convenio y la Recomendación (Nro. 111) sobre la discriminación en materia de empleo y ocupación, adoptados en 1958, tienen como fin combatir en términos generales el problema de la discriminación en el mundo del trabajo.

Antes de esa fecha varios instrumentos se habían referido a la igualdad de derechos en algunas materias específicas o a favor de algunas categorías de personas, como –por ejemplo- en lo que se refiere a la libertad sindical, el derecho de sindicación y la negociación colectiva (Convenios 87 y 98, de 1948 y 1949, respectivamente); los trabajadores migrantes (Convenio 97, de 1949) y el Convenio 100 y la Recomendación 90 sobre igualdad de remuneración entre las mujeres y los hombres (1951).

Desde 1958 en adelante, se han dictado convenios y recomendaciones específicos para determinadas categorías de trabajadores y trabajadoras, como migrantes (Convenio 143, de 1975), con responsabilidades familiares (Convenio 156, de 1981) y las personas inválidas (Convenio 159, de 1983), o para materias determinadas tales como la política de empleo (Convenio 122, de 1964), el desarrollo de los recursos humanos, formación y orientación profesionales (Convenio 142, de 1975) y la terminación de la relación de trabajo (Convenio 158, de 1982).

También se debe mencionar la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento, de junio de

1998, que en el art. 2 establece que todos los miembros, aun cuando no hayan ratificado los convenios específicos, 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, entre ellos, la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.

Finalmente, en el año de su centenario, la OIT aprobó el Convenio Nro. 190 sobre la Eliminación de la violencia y el acoso en el trabajo y la Recomendación Nro. 206 y de cuyo articulado se puede concluir que se enrola dentro de los convenios sobre derechos humanos. El Convenio fue ratificado por el estado argentino mediante ley 27580 (del 11/11/2020), convirtiéndose en el cuarto país en hacerlo y el pertinente instrumento de ratificación fue depositado en la sede del organismo el día 23/2/2021.

Entre los aspectos más significativos del Convenio 190 de la OIT, cabe mencionar que el art. 1 define, a la expresión «violencia y acoso» en el mundo del trabajo como un conjunto de comportamientos y prácticas inaceptables, o de amenazas de tales comportamientos y prácticas, ya sea que se manifiesten una sola vez o de manera repetida, que tengan por objeto, que causen o sean susceptibles de causar, un daño físico, psicológico, sexual o económico, e incluye la violencia y el acoso por razón de género. Además, estipula que la expresión «violencia y acoso por razón de género» designa la violencia y el acoso que van dirigidos contra las personas por razón de su sexo o género, o que afectan de manera desproporcionada a personas de un sexo o género determinado, e incluye el acoso sexual. Es decir, quedan alcanzados por la definición del art. 1 los "comportamientos", las "prácticas" o las "amenazas", en términos que celebro porque –en ocasiones- una amenaza puede tener tal entidad que genere en quien la sufre un estado de conmoción y alteración en su espíritu que exige –por un lado- evitar que se efectivice y –por otro- el deber de sancionarlo. Además, estipula que la expresión «violencia y acoso por razón de género» alude a aquella que va dirigida contra las personas por razón de su sexo o género, o que afecta de manera desproporcionada a personas de un sexo o género determinado, e incluye el acoso sexual. Agrega que, sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados a) y b) del párrafo 1 del presente artículo, la violencia y el acoso pueden definirse en la legislación nacional como un concepto único o como conceptos separados.
En la Argentina, por el momento no existe una norma general que se refiera a la violencia y el acoso, solo está definida la figura en la ley 26485, art. 5, en lo referido a la violencia laboral contra las mujeres.

En cuanto a las personas alcanzadas por la protección, el art. 2, menciona a: trabajadores, trabajadoras y otras personas en el mundo del trabajo, asalariados o cualquiera sea su situación contractual; pasantes, aprendices o en formación; trabajadores y trabajadoras despedidos y despedidas, voluntarios y voluntarias, personas en busca de empleo, postulantes a un empleo; personas que ejercen la autoridad, las funciones o responsabilidades del empleador o empleadora. El convenio se aplica tanto al sector público como al privado, de la economía formal o informal y en zonas urbanas o rurales.

El examen de las personas comprendidas por el Convenio 190 OIT, conforme lo dispuesto por el reseñado art. 2 es amplio, toda vez que no se circunscribe a la condición de trabajador o trabajadora dependiente, sino que están alcanzadas también las personas que se encuentran en búsqueda de un puesto de trabajo, etapa extremadamente sensible pues se trata una persona que pretende ingresar a un puesto de trabajo y que en ese contexto puede ser que se la interrogue acerca de cuestiones de su vida privada, o datos sensibles, o a diferentes formas de maltrato o acoso, respecto de las cuales poner un límite puede significarle no ser contratada. O puede tratarse de una persona que está vinculada por otro tipo de contratación como las pasantías, el aprendizaje, los contratos formativos y que, tal vez por esa razón, aspira a alcanzar en algún momento el rango de dependiente o asalariado, a ser efectivizado y esa circunstancia podría operar como un condicionamiento significativo. Y, también proyecta sus efectos sobre aquellas personas que ya no están unidas por un vínculo laboral con la empresa, sino que fueron despedidas.

Por otra parte, el art. 3 del convenio establece que se aplica a la violencia y el acoso en el mundo del trabajo o como resultado del mismo y enumera diferentes circunstancias de las que se evidencia que "mundo del trabajo" es un concepto más amplio que lugar de trabajo o ámbito de trabajo, pues proyecta sus efectos sobre los traslados o el trayecto denominado "in itinere", los lugares de alojamiento, de aseo, en eventos de tipo sociales y fuera de la empresa, de formación o capacitación, entre otros; incluso, a través de las comunicaciones o de los medios tecnológicos.

Evidentes razones de extensión obstan a un análisis profundo del Convenio 190, pero no podemos soslayar que se establece -como principio fundante- que los estados miembros deben respetar, promover y asegurar a partir de su ratificación: el derecho de toda persona a un mundo del trabajo libre de violencia y acoso.

Y, en consecuencia, los estados deberán adoptar un enfoque inclusivo, integrado y con perspectiva de género para prevenir y eliminar la violencia y el acoso en el mundo del trabajo; a tal fin, en consonancia con el tripartismo que impera en el ámbito del organismo internacional, resulta significativa la consulta a las organizaciones representativas del sector empleador y de trabajadores y trabajadoras.

Por otra parte, el art. 5, refuerza la idea de que estamos ante un Convenio sobre derechos humanos, establece que para prevenir y eliminar la violencia y el acoso en el mundo del trabajo se deberá respetar los principios y derechos fundamentales del trabajo y, en particular: la libertad sindical y el fomento de la negociación colectiva, la eliminación del trabajo infantil, la eliminación del trabajo forzoso u obligatorio, la eliminación de la discriminación en el empleo y la ocupación y el fomento del trabajo decente y seguro.

Es decir, no es posible hablar de eliminación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, si no se respeta la libertad sindical y el principio de no discriminación, si no se realizan acciones concretas para la eliminación del trabajo infantil o del trabajo forzoso u obligatorio y, en definitiva, por fomentar el trabajo decente.

En este punto me parece significativo reseñar que, recientemente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión Consultiva OC-27/21 (5/5/2021) sobre derechos a la libertad sindical, negociación colectiva y huelga, y su relación con otros derechos, con perspectiva de género, concluyó que: Los Estados deben garantizar el derecho de las mujeres, en igualdad de circunstancias, a no ser objeto de actos de discriminación, y a participar de todas las asociaciones que se ocupen de la vida pública y política, incluyendo los sindicatos y las organizaciones de trabajadores y trabajadoras. Esto implica no establecer ningún tipo de trato injustificadamente diferenciado entre personas por su mera condición de mujer, y la obligación de los Estados de crear condiciones de igualdad real en el ejercicio de los derechos sindicales. La autonomía sindical no ampara medidas que limiten el ejercicio de los derechos sindicales de las mujeres dentro de los sindicatos, y por el contrario obliga a los Estados a adoptar medidas positivas que permitan a las mujeres gozar de una igualdad formal y material en el espacio laboral y sindical, en particular aquellas que combatan los factores estructurales que subyacen a la persistencia de estereotipos y roles de género, y que no permiten a las mujeres

el pleno goce de sus derechos sindicales. Los Estados tienen la obligación de adecuar sus legislaciones y sus prácticas a las nuevas condiciones del mercado laboral, cualesquiera que sean los avances tecnológicos que producen dichos cambios, y en consideración a las obligaciones de protección de los derechos de los trabajadores y trabajadoras que impone el derecho internacional de los derechos humanos, y para ello deben fomentar la participación efectiva de representantes de los trabajadores y trabajadoras, y los empleadores y empleadoras, en el diseño de la política y legislación de empleo.

VI. MARCO JURÍDICO QUE TUTELA FRENTE A LA DISCRIMINACIÓN Y LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN EL ÁMBITO LABORAL.

En primer término, debemos mencionar que la LCT en el art. 4 revaloriza la dimensión humana involucrada en el contrato de trabajo y la finalidad principal perseguida (actividad productiva y creadora del hombre en sí); el art. 17 prohíbe las discriminación; el ya citado art. 17 Bis y las desigualdades jurídicamente compensadas; el art. 62 establece las obligaciones genéricas de las partes; el art. 63 y el deber de buena fe; arts. 64 y 65 poderes de organización y dirección y sus límites, fundamentalmente en lo relativo a que las decisiones empresariales deben ser razonables, estar vinculadas con la funcionalidad y, por sobre todas las cosas, no causar perjuicio ni material ni moral al dependiente; art. 66 ius variandi y sus límites, con la posibilidad de accionar judicialmente sin disolver el vínculo laboral en procura de un restablecimiento de las condiciones de trabajo alteradas, a través de una medida cautelar; art. 75 y el deber de seguridad; art. 78 y el deber de ocupación; art. 81 y la obligación de dar igual trato, admitiéndose únicamente el trato desigual fundado en razones de "mejor productividad, dedicación o contracción a las tareas"; art. 242 y la noción de injuria a los fines de la disolución del vínculo laboral, Además resulta significativo el capítulo que se refiere al trabajo de mujeres, con las limitaciones que contiene pues circunscribe la protección a las mujeres en situación de maternidad biológica.

En el ámbito del derecho común cabe citar el art. 1 de la ley 23592 que prohíbe y sanciona los actos o conductas discriminatorias, en cualquier ámbito y sea cual fuere su fundamento.

La ley 25674 que prevé la participación femenina en las unidades de negociación colectiva de las condiciones laborales, en función de la cantidad de trabajadores en la rama o actividad de que se trate.

La ley 26618 de matrimonio igualitario. La ley 26743 de identidad de género, de sumo interés en el marco de este análisis, pues aquí también impactan los estereotipos[29] y prácticas sociales imperantes[30]..

La ley 26844 que establece el régimen de trabajo en casas particulares y aquí no podemos sino mencionar que las prácticas sociales y las estadísticas dan cuenta de una mayor inserción de las mujeres que de los hombres en esta actividad tan particular y en la que los vestigios del "patriarcado" son muy marcados.

Por otra parte, no se puede soslayar que numerosos estatutos y convenios colectivos de trabajo contienen referencias específicas a la situación de las mujeres en el ámbito laboral y a la violencia y el acoso en el trabajo, aunque por su especificidad y por obvias razones de extensión de este trabajo no serán analizadas.

También tenemos que recordar que existen regímenes especiales para proteger frente a los actos o conductas discriminatorias a quienes padecen ciertas enfermedades como VIH, diabetes, epilepsia, entre otras, a la par que a quienes integran ciertos grupos como, por ejemplo, los discapacitados.

Si bien la violencia es siempre repudiable, en cualquiera de los ámbitos en que se desarrolle y en anteriores oportunidades he sostenido la importancia del

29 CIDH, Caso «A.R. y niña s c/ Chile», Sent. del 24/2/2012, "... La determinación del interés superior del niño, en casos de cuidado y custodia de menores de edad se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios. Por tanto, no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia... Al haber tomado como fundamento para su decisión la orientación sexual de la madre, la decisión de la Corte Suprema discriminó, a su vez, a las tres niñas, puesto que tomó en cuenta consideraciones que no habría utilizado si el proceso de tuición hubiera sido entre dos padres heterosexuales. En particular, la Corte reitera que el interés superior del niño es un criterio rector para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño. Además, el trato discriminatorio en contra de la madre tuvo repercusión en las niñas, pues fue el fundamento para decidir que no continuarían viviendo con ella. De manera que dicha decisión irradió sus efectos al ser ellas separadas de su madre como consecuencia de su orientación sexual".

30 Al respecto se puede consultar: DOBARRO, Viviana M., "Diversidad sexual y discriminación en el ámbito laboral", *La Ley*, miércoles 21 de octubre de 2009, págs. 1a 6; "La ley de identidad de género y sus implicancias en el ámbito laboral", *Revista Derecho del Trabajo,* Buenos Aires, Editorial La Ley, Volumen 2012-10, págs. 2602 a 2621; "La ley de identidad de género y sus implicancias en el ámbito laboral", *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Buenos Aires, Editorial La Ley, Volumen 2012-7, pàgs. 140 a 160; "Implicancias prácticas en el ámbito laboral de la ley de identidad de género", *Compendio Jurídico* Octubre de 2012, Editorial Errepar, págs. 153 a 191.

dictado de normas específicas que la regulen y sancionen, se consideró prioritario establecer un marco jurídico específico para la violencia de género.

En tal sentido, la ley de protección integral a las mujeres, para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, ley 26485[31], constituye un cuerpo normativo que –entre otras- expresamente contempla la violencia de género en el ámbito laboral y debe analizarse conjuntamente con el Decreto Reglamentario Nro. 1011/10.

El art. 4 de la ley 26485 define a la violencia contra las mujeres y establece que quedan comprendidos en la definición los siguientes tipos: 1.- Física[32]. 2.- Psicológica[33]. 3.- Sexual[34]. 4.- Económica y patrimonial[35]. 5.- Simbólica[36]. 6.- Política[37].

31 Ver el análisis realizado en DOBARRO, Viviana Mariel, "La ley 26.485 y la protección integral de las mujeres. Prevención, sanción y erradicación de la violencia contra las mujeres", Editorial Errepar, *Revista Doctrina Laboral*, Nro. 289, setiembre de 2009, págs. 955 a 981.

32 La que se emplea contra el cuerpo de la mujer produciendo dolor, daño o riesgo de producirlo y cualquier otra forma de maltrato o agresión que afecte su integridad física.

33 La que causa daño emocional y disminución de la autoestima o perjudica y perturba el pleno desarrollo personal o que busca degradar o controlar sus acciones, comportamientos, creencias y decisiones, mediante amenaza, acoso, hostigamiento, restricción, humillación, deshonra, descrédito, manipulación o aislamiento. Incluye también la culpabilización, vigilancia constante, exigencia de obediencia o sumisión, coerción verbal, persecución, insulto, indiferencia, abandono, celos excesivos, chantaje, ridiculización, explotación y limitación del derecho de circulación o cualquier otro medio que cause perjuicio a su salud psicológica y a la autodeterminación.

34 Cualquier acción que implique la vulneración en todas sus formas, con o sin acceso genital, del derecho de la mujer de decidir voluntariamente acerca de su vida sexual o reproductiva a través de amenazas, coerción, uso de la fuerza o intimidación, incluyendo la violación dentro del matrimonio o de otras relaciones vinculares o de parentesco, exista o no convivencia, así como la prostitución forzada, explotación, esclavitud, acoso, abuso sexual y trata de mujeres.

35 La que se dirige a ocasionar un menoscabo en los recursos económicos o patrimoniales de la mujer, a través de: a) La perturbación de la posesión, tenencia o propiedad de sus bienes; b) La pérdida, sustracción, destrucción, retención o distracción indebida de objetos, instrumentos de trabajo, documentos personales, bienes, valores y derechos patrimoniales; c) La limitación de los recursos económicos destinados a satisfacer sus necesidades o privación de los medios indispensables para vivir una vida digna; d) La limitación o control de sus ingresos, así como la percepción de un salario menor por igual tarea, dentro de un mismo lugar de trabajo.

36 La que a través de patrones estereotipados, mensajes, valores, íconos o signos transmita y reproduzca dominación, desigualdad y discriminación en las relaciones sociales, naturalizando la subordinación de la mujer en la sociedad.

37 La que se dirige a menoscabar, anular, impedir, obstaculizar o restringir la participación política de la mujer, vulnerando el derecho a una vida política libre de violencia y/o el derecho a participar en los asuntos públicos y políticos en condiciones de igualdad con los varones.

Luego, se reseñan los distintos tipos de violencia contra las mujeres en los diferentes ámbitos y, en lo que aquí nos interesa, nos dedicaremos exclusivamente a la violencia laboral contra las mujeres que es definida como aquella que discrimina a las mujeres en los ámbitos de trabajo públicos o privados y que obstaculiza su acceso al empleo, contratación, ascenso, estabilidad o permanencia en el mismo, exigiendo requisitos sobre estado civil, maternidad, edad, apariencia física o la realización de test de embarazo. Constituye también violencia contra las mujeres en el ámbito laboral quebrantar el derecho de igual remuneración por igual tarea o función. Asimismo, incluye el hostigamiento psicológico en forma sistemática sobre una determinada trabajadora con el fin de lograr su exclusión laboral[38].

La ley establece aspectos puntuales respecto de las políticas públicas que deberán adoptarse en cumplimiento de las obligaciones legales y de las emanadas por las normas constitucionales e internacionales. Y, finalmente, el Título III se refiere a los aspectos procedimentales –tanto administrativos como judiciales- y se incorporan expresamente institutos vinculados –particularmente- con la celeridad, con medidas preventivas y con la difusión y recolección de datos relativos a la materia, que –a esta altura- podemos intuir resultarán de suma utilidad para corregir situaciones de violencia contra las mujeres en los diferentes ámbitos

38 Según el Dec. 1011/10 se considera discriminación en el ámbito laboral cualquier omisión, acción consumada o amenaza que tenga por fin o por resultado provocar distinción, exclusión o preferencia basada en los motivos mencionados en la ley que se reglamenta o en cualquier otro motivo que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato, empleo u ocupación de las mujeres. En el mismo sentido, se entiende discriminatoria la exigencia, tanto sea para acceder como para mantener un contrato de trabajo, de cualquier requisito inherente a la pertenencia de género. Se entiende por derecho a igual remuneración por igual tarea o función, al derecho a recibir igual remuneración por trabajo de igual valor, en los términos del artículo 7º, párrafo a) i) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; artículo 11, párrafo 1) d) de la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y el Convenio sobre Igualdad de Remuneración de 1951 OIT 100, relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor. Se considera hostigamiento psicológico a toda acción, omisión o comportamiento destinado a provocar, directa o indirectamente, daño físico, psicológico o moral a una trabajadora, sea como amenaza o acción consumada, y que puede provenir tanto de niveles jerárquicos superiores, del mismo rango o inferiores. En oportunidad de celebrarse o modificarse una norma convencional, en el marco de la negociación colectiva del trabajo, las partes contratantes tomarán en consideración los principios protectorios que por razón de género se tutelan en la presente normativa legal, a fin de asegurar mecanismos orientados a abordar la problemática de la violencia en el trabajo.

en que ella puede verificarse, incluido el laboral, así como para implementar medidas y políticas estatales tendientes a la prevención[39].

VII. PREVENCIÓN, SANCIÓN Y ERRADICACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN Y VIOLENCIA EN EL ÁMBITO LABORAL Y EN PARTICULAR POR RAZÓN DE GÉNERO.

Tal como se desprende del análisis armónico de las disposiciones de la Convención contra la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de la Convención de "Belen Do Pará", del Convenio 190 OIT y de la ley 26.485, pesa sobre el Estado argentino el deber de "prevenir", "sancionar" y "erradicar" la violencia contra las mujeres, postulados que deben considerarse aplicables también a cualquier forma de discriminación o violencia contra la persona humana, sin distinción de género, en virtud de los alcances de las obligaciones asumidas en el marco de la comunidad internacional al ratificar las normas individualizadas al comienzo de este trabajo.

En términos de prevención huelga decir que la contundencia de los hechos conocidos cotidianamente y que implican prácticas discriminatorias o alguna forma de violencia laboral, más aún si está motivada por razón de género, demuestran la insuficiencia de las acciones que se llevan a cabo desde los diferentes poderes del estado.

La reflexión sobre estas cuestiones y su difusión, en especial sobre los mecanismos y vías de reclamación y los alcances de las sanciones, tiene suma importancia para quienes sufren este tipo de prácticas y para quienes integran los ámbitos en que interactúan, a fin de que conozcan las múltiples posibilidades que el ordenamiento jurídico les ofrece para romper el "círculo" de violencia en que se encuentran.

La creación de oficinas interdisciplinarias de atención de víctimas puede ser otro camino para avanzar en la erradicación de este flagelo.

Acciones todas que requieren de políticas públicas concretas –que si bien en algunas jurisdicciones ya se han implementado resultan a todas luces insufi-

39 Estos aspectos pueden profundizarse en PASTEN DE ISHIHARA, Gloria M., *La protección de los derechos de la mujer en el ámbito laboral. Leyes 20.744 y 26.485*, 2da. Ed. actualizada, Librería Editora Platense, La Plata 2020, p. 339 y ss.

cientes- y de un gran compromiso de todas las personas que operamos con las normas jurídicas.

También resulta innegable el rol que a los sindicatos le cabe en esta lucha, pues a través de la acción sindical y de la negociación colectiva[40] se pueden incorporar nuevos mecanismos de protección, a la par que llevar adelante campañas de sensibilización y concientización al interior de los lugares de trabajo y, en definitiva, propiciar planes concretos de acción y prevención en la materia.

Por otra parte, la LCT, al momento de su sanción, fue innovadora y, en muchos aspectos lo sigue siendo, pero no se puede soslayar que se trata de una ley de 1974 que nació como una compilación de la jurisprudencia señera de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, del espíritu de algunos estatutos y convenios colectivos de trabajo y de los usos y costumbres imperantes en ciertas actividades, pero hoy nos queda desajustada en una cantidad de aspectos; en particular, si tomamos en consideración los conceptos expresados acerca de la "perspectiva de género" y si pretendemos dar respuestas que garanticen igualdad efectiva de oportunidades para ejercer los derechos a quienes integran el amplio abanico de expresiones de género y a las nuevas conformaciones familiares.

Por ejemplo, la norma laboral se refiere a las mujeres básicamente en nuestro rol de esposa o conviviente del trabajador o en la situación de maternidad (y en particular biológica). No estamos visibilizadas en otros aspectos como, por ejemplo, en nuestro rol de trabajadoras.

Y si uno mira la realidad laboral a las mujeres nos alcanzan algunas problemáticas muy particulares o específicas. Así, en el ingreso al puesto de trabajo somos objeto de preguntas e indagaciones acerca de nuestra vida personal, de nuestra organización familiar que a los hombres no se les realizan. Claramente se trata de preguntas que dan cuenta de los estereotipos imperantes en materia de género, la idea que sobre nosotras recae el cuidado de hijos e hijas y las tareas hogareñas, con las consiguientes dificultades para compatibilizar nuestras obligaciones laborales con las familiares.

Luego, durante la vida laboral, las estadísticas demuestran que ganamos menos que los hombres en identidad de tareas e igualdad de circunstancias. Los

40 Dobarro, Viviana M., op. cit.

datos de la OIT dan cuenta de que nuestros ingresos suelen ser alrededor de un 20 % menores[41] que los de los hombres, reitero, en identidad de circunstancias.

Por su parte, la brecha digital también tiene rostro femenino, con su innegable impacto en las posibilidades de inserción en trabajos más calificados o mejor remunerados. En tal sentido, señala un estudio de la OIT que "A pesar de la capacidad de las TCI para crear empleo para las mujeres y mejorar sus vidas, en el informe se señala que, en general, las mujeres siguen obteniendo menores ingresos, sufren una elevada tasa de desempleo y suelen concentrarse en puestos de trabajo de menor cualificación. La brecha digital más sorprendente en lo que se refiere al género alude al uso de Internet, ya que las internautas son minoría tanto en los países en desarrollo como en los desarrollados. Por ejemplo, sólo el 38% de los usuarios de la red en América Latina son mujeres, el 25% en la Unión Europea; el 19% en Rusia; el 18% en Japón y el 4% en Oriente medio"[42].

Por imperio del patriarcado, somos víctimas en mayor número de acoso laboral en sus diversas manifestaciones (sexual y moral)[43], con la contrapartida que somos "único sostén de familia" en mayor número que los hombres lo que –por sí solo- refuerza el condicionamiento o la dependencia del ingreso salarial.

Y así podemos seguir enumerando: dificultades para llegar a cargos de dirección, el famoso "techo de cristal" del que habla la OIT, mayores dificultades para acceder a la tecnología y a los bienes de producción, etc.

Tampoco se puede obviar que la LCT contiene protecciones para la maternidad biológicamente hablando, es decir para el "estado de embarazo" y, fundamentalmente, la estabilidad de la "mujer embarazada", en una época en que las estadísticas demuestran que cada vez se concibe menos y a una edad más avanzada, así como una baja sostenida en la tasa de natalidad. Cada día

41 https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/features/WCMS_650648/lang--es/index.htm

42 https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---comm/documents/publication/dwcms_080700.pdf

43 Una encuesta de la OIT del año 1996 sobre violencia en el mundo del trabajo, https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_008502/lang--es/index.htm, arroja los siguientes datos: "…en Argentina, el 6.1 por ciento de los varones y el 11,8 por ciento de las mujeres indicaron haber sufrido agresiones en el año anterior, mientras que 16,6 por ciento de las mujeres dieron cuenta de incidentes de carácter sexual; en Rumania, dichos índices fueron de 8,7 por ciento, 4,1 por ciento y 10,8 por ciento; en Canadá, de 3,9 por ciento, 5,0 por ciento y 9,7 por ciento; en Inglaterra/País de Gales (considerados como una unidad), de 3,2 por ciento, 6,3 por ciento y 8,6 por ciento; por último, en los Estados Unidos, de 1,0 por ciento, 4,2 por ciento y 5,3 por ciento".

los problemas de esterilidad son mayores y las dificultades para llegar con éxito al fin del embarazo, así como la cantidad de parejas que tienen que recurrir a métodos de fertilización asistida, se incrementa. Y en este punto, más allá de las disposiciones específicas que vienen a dar cobertura para la realización de los específicos tratamientos, la pregunta es qué pasa en esa etapa con la "estabilidad en el puesto de trabajo" de la mujer que aspira a ser madre; en términos de la LCT encontramos un absoluto vacío legal, lo que lleva a que sea una etapa en que la mujer trabajadora se encuentra sumamente desprotegida.

En lo referido a la adopción y la protección de los vínculos laborales de la/s persona/s adoptante/s en el contrato de trabajo no tenemos normas específicas en la LCT que nos proteja en esa etapa.

Nos quejamos porque a veces nuestros compañeros no nos acompañan asumiendo las responsabilidades familiares cotidianas, ahora bien tampoco hay protecciones en la legislación argentina para los hombres que desean hacerlo en términos de paridad.

Estas problemáticas no pueden ser entendidas como una lucha de las "mujeres" contra los "hombres" para quitarles derechos y adquirirlos para nosotras, sino como una vía en la que podamos caminar "a la par", con iguales oportunidades para ejercer los derechos y protecciones similares que posibiliten el ejercicio de las responsabilidades familiares compartidas. Por ejemplo, reconociendo licencias para el ejercicio de las responsabilidades parentales, en lugar de la licencia por maternidad y la siempre exigua licencia por paternidad.

Algunos convenios colectivos de trabajo han avanzado sobre estas protecciones, algunos estatutos y algunas legislaciones referidas a empleo público en determinadas provincias o municipios, también la Corte Suprema de Justicia de la Nación con respecto a los trabajadores judiciales lo ha hecho.

Ni hablar si estas responsabilidades familiares son el resultado de uniones entre personas del mismo sexo o de la diversidad de expresiones que las "familias" del siglo XXI pueden adoptar; supuestos todos ellos en los que las disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación han avanzado al ritmo de las necesidades sociales, en tanto que la normativa que específicamente regula esos supuestos en el ámbito laboral ha quedado desajustada.

Es por ello que, en este punto, resulta más conveniente hablar de "responsabilidades familiares, en el sentido del Convenio Nro. 156 OIT, pues la realidad

social nos muestra que hoy las responsabilidades familiares no son necesariamente el cuidado de hijos e hijas, sino que muchas veces nos tenemos que hacer cargo de nuestros padres o madres y, en ocasiones, esto es más complejo, pues cuando se trata de hijos e hijas existe una vasta oferta de jardines maternales e instituciones educativas, públicas, privadas, etc.; pero cuando se trata del cuidado de una persona adulta la oferta no es tan variada y en ocasiones es sumamente onerosa.

En nuestra opinión, la clave es la "igualdad de oportunidades", queremos iguales oportunidades para desarrollarnos, para vivir en un ambiente libre de violencia, para no sufrir persecución, acoso, para no ser sometidas a estas preguntas que interfieren en nuestra vida íntima. Reclamamos igualdad efectiva de oportunidades.

VIII. EL CONTEXTO DE PANDEMIA Y LAS CUESTIONES DE GÉNERO

Ya he mencionado la importancia que el "cuidar", "cuidarse", "cuidarnos" ha adquirido en tiempos de pandemia y también el "rostro femenino" de las tareas de cuidado: sean las de cuidado familiar o al interior de nuestros hogares; sean las del cuidado comunitario. como por ejemplo las vinculadas a la solidaridad y asistencia comunitaria; o se trate de las tareas en relación de dependencia en servicios vinculados al cuidado, tal el caso de la enfermería, docencia, cuidado de niños, niñas y personas de edad avanzada, servicio doméstico, entre otras.

Por otra parte, para combatir la pandemia desde la OMS y los expertos en la ciencia médica se ha indicado que la mejor herramienta, o prácticamente la única, es el quedarse en casa. Pero este quedarse en casa para las mujeres puede significar una trampa mortal, por ejemplo, porque implica estar más expuesta a la violencia doméstica. Produciéndose esta paradoja: me quedo en casa para no enfermar y/o morir por el Covid 19, pero corro riesgo de enfermar o morir como consecuencia de la violencia doméstica.

El confinamiento aviva la tensión y el estrés generados por preocupaciones relacionadas con la seguridad, la salud y el dinero. Asimismo, refuerza el aislamiento de las mujeres que tienen compañeros violentos, separándolas de las personas y los recursos que mejor pueden ayudarlas. Es la situación perfecta para ejercer un comportamiento controlador y violento en el hogar. De forma paralela, al tiempo que los sistemas sanitarios se esfuerzan al límite, los refugios para la violencia doméstica alcanzan también su máxima capacidad, agravándose el déficit de servicio al readaptar dichos centros a fin de ofrecer una respuesta

adicional al COVID. Incluso antes de que existiera el COVID-19, la violencia doméstica ya era una de las violaciones de los derechos humanos más flagrantes. En los últimos 12 meses, 243 millones de mujeres y niñas (de edades entre 15 y 49 años) de todo el mundo han sufrido violencia sexual o física por parte de un compañero sentimental. Y, con el avance de la pandemia del COVID-19, es probable que esta cifra crezca con múltiples efectos en el bienestar de las mujeres, su salud sexual y reproductiva, su salud mental y su capacidad de liderar la recuperación de nuestras sociedades y economías, y de participar en ella [44].

El COVID-19 evidenció, ante los ojos del mundo y particularmente ante los de las Américas, la forma en que las grandes desigualdades estructurales afectan de manera diferenciada a las mujeres y a las niñas de esta región. El primero de los signos de esta desigualdad y el más evidente fue la violencia contra las mujeres.

Medios de comunicación, organismos internacionales, organizaciones feministas, militantes de organizaciones de mujeres y gobiernos, alertaron, de manera inmediata, que la violencia contra las niñas y las mujeres aumentaba en el contexto de la crisis. Mientras

miles de personas se infectaban a lo largo y ancho de la región, y los Estados dictaban medidas sanitarias para proteger la salud de las personas, cientos de mujeres y niñas encontraron en estas medidas una declaratoria de riesgo inminente en sus vidas y, en una cantidad dramática, una declaratoria de riesgo de muerte. Pero por otra parte, el aislamiento nos ha obligado a desarrollar o incrementar nuestra participación en las tareas domésticas, combinarlas con el trabajo remoto, con las tareas de capacitación o formación profesional y nos ha convertido en auxiliares de los y las docentes de nuestras hijas e hijos; todo simultáneamente, casi sin intervalos, en el mismo espacio físico y no siempre con las herramientas y capacitación adecuada para realizarlas.

Y entonces, no podemos obviar reflexionar sobre la forma en que la pandemia, el aislamiento y el trabajo remoto han impactado sobre nosotras. Debemos distinguir entre las trabajadoras que por desarrollar en relación de dependencia esas tareas vinculadas al cuidado han sido incluidas dentro de los servicios considerados "esenciales" y, por ende, excluidas de las normas que se refieren al aislamiento social, preventivo y obligatorio[45]. En tanto que muchas

44 https://www.unwomen.org/es/news/stories/2020/4/statement-ed-phumzile-violence-against-women-during-pandemic

45 En la Argentina el aislamiento social, preventivo y obligatorio, ASPO, fue declarado el día

otras, por desarrollar tareas que no han sido incluidas dentro de las "esenciales" en muchos casos nos hemos visto obligadas a realizar trabajo remoto.

Y, en tal contexto, podemos identificar algunos fenómenos que se han verificado en estos tiempos:

La doble, triple o cuádruple jornada: Como consecuencia del incremento de las tareas domésticas y de cuidado estamos sometidas a jornadas más extensas que las habituales, extenuantes y con escaso o nulo tiempo libre o espacios para la recreación o el ocio. Se entremezclan las jornadas laboral, doméstica, el tiempo de descanso, etc. De pronto en un mismo ambiente y casi simultáneamente estamos realizando trabajo remoto (conectadas desde nuestros dispositivos a las redes de nuestros lugares de trabajo), la limpieza de nuestras casas, ayudando a nuestros hijos e hijas en sus tareas escolares e incluso ayuda solidaria o comunitaria.

El aislamiento social y/o laboral: El confinamiento ha proyectado sus efectos sobre la pertenencia colectiva, produciendo un efecto de atomización del colectivo de trabajadores y trabajadoras, distanciando a representantes sindicales de su núcleo de representación, dificultando o impidiendo la participación en la vida sindical con el consiguiente incremento de los poderes empresariales. Se impuso el trabajo "remoto" o "teletrabajo", sin previa adaptación de los espacios físicos (que suelen ser la cocina o el living de nuestro hogar), sin herramientas de trabajo, sin capacitación adecuada, sin medidas de higiene y seguridad en el trabajo; todo lo cual potencia los efectos nocivos del trabajo sobre nuestra salud física y psíquica y nos torna más vulnerables al acoso y la discriminación laboral.

La Brecha salarial: En el trabajo registrado, no obstante las normas dictadas en la emergencia, se verifican reducciones salariales en la práctica, lo que potencia sus efectos cuando se trata de las mujeres toda vez que nuestros sueldos suelen ser considerablemente más bajos que los varones (la famosa brecha salarial que ronda en aproximadamente el 20 % en épocas de normalidad). Sumado a ello cabe señalar que, como nos insertamos en mayor número que los varones, al ámbito laboral mediante contratos de trabajo informales; vale decir, estamos

20/3/2020 mediante Dec. 297/2020 y entre las actividades excluidas de dicho aislamiento y su personal, según el art. 6, se encuentra: el personal de salud, Personas que deban asistir a otras con discapacidad; familiares que necesiten asistencia; a personas mayores; a niños, a niñas y a adolescentes; personas afectadas a la atención de comedores escolares, comunitarios y merenderos; servicios de lavandería; servicios esenciales de vigilancia, limpieza y guardia;

también más expuestas a la precariedad laboral, el desempleo o las reducciones salariales.

Por su parte, las trabajadoras afectadas a la realización de tareas esenciales se encuentran, por obvias razones, están en la primera línea de la batalla contra el Covid 19 y su salud especialmente en riesgo.

Ante la pandemia Covid 19 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos recomendó[46]: "Teniendo en cuenta los distintos contextos y condiciones que potencializan la vulnerabilidad a la que las mujeres están expuestas, como la precariedad económica, la edad, la condición de migrante o desplazada, la condición de discapacidad, la privación de libertad, el origen étnico-racial, la orientación sexual, identidad y/o expresión de género, entre otras. … Incorporar la perspectiva de género a partir de un enfoque interseccional en todas las respuestas de los Estados para contener la pandemia, teniendo en cuenta los distintos contextos y condiciones que potencializan la vulnerabilidad a la que las mujeres están expuestas, como la precariedad económica, la edad, la condición de migrante o desplazada, la condición de discapacidad, la privación de libertad, el origen étnico-racial, la orientación sexual, identidad y/o expresión de género, entre otras.".

Al respecto, OIT Argentina ha remarcado que si bien las consecuencias económicas, laborales y sociales de la crisis del Covid 19 son generalizadas y afectan a la totalidad de la población en la gran mayoría de los países, existen una serie de grupos de trabajadores que se ven particularmente afectados por diversas razones. En primer lugar, las mujeres. Además de estar sobrerrepresentadas en las ocupaciones a cargo de atender a las víctimas de la pandemia, las mujeres "tienen también mayor presencia en los sectores más afectados" por las restricciones y el aislamiento social", como el comercio, turismo, hostelería, entre otros. De hecho, las mujeres representan al 44 por ciento de los trabajadores en el sector de hoteles y restaurantes del país. Por otra parte, la informalidad laboral es mayor entre las mujeres, quienes además asumen en mayor medida las tareas de cuidado no remunerado, multiplicadas frente al cierre de escuelas. Así, los trabajadores que realizan tareas de cuidado en los hogares, incluidas las trabajadoras domésticas, abarcan a más de un millón de personas en Argentina y son mayoritariamente mujeres. Además, el 75 por ciento de las trabajadoras domésticas en Argentina no están registradas, lo que limita su acceso a derechos

46 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Res. 1/2020, del 10/4/2020

laborales como la obra social, la licencia por enfermedad y otros mecanismos de protección social, especialmente necesarios en esta crisis sanitaria. La pandemia del coronavirus está agravando las desigualdades ya existentes y "está teniendo consecuencias sociales y económicas devastadoras para mujeres y niñas", las cuales podrían revertir los avances limitados hacia la igualdad de género conseguidos en los últimos 25 años.

IX. CONCLUSIONES

Hemos reseñado la evolución de la legislación nacional y constitucional que da cuenta de un nuevo paradigma en la materia. No sólo se trata de reconocer "iguales derechos" también hay que adoptar medidas en orden a garantizar "igualdad efectiva de oportunidades" (tal como propician los arts. 37 y 75 inc. 23 CN).

Ahora bien, sin perjuicio de la existencia de la profusa legislación reseñada que protege frente a los actos o conductas discriminatorios y frente a la violencia laboral, en particular por razón de género, y que la jurisprudencia, progresivamente, ha hecho aplicación de tales normas en aras de sancionar tan repudiables prácticas, la realidad nos golpea con crudeza y los datos que arroja dan cuenta de la frecuencia con la que se verifican tanto en el ingreso, como durante la vida o a la ruptura del contrato de trabajo. Por lo que, no podemos sino concluir que en la medida en que no se remuevan los prejuicios o estereotipos imperantes en los lugares de trabajo no lograremos erradicar este flagelo.

Un informe de la OIT sobre discriminación en el trabajo[47], señala que esta práctica sigue representando un problema de ámbito mundial, y que emergen nuevas y más sutiles formas de este tipo de abuso. Aunque los avances significativos logrados en la lucha contra las desigualdades en el lugar de trabajo son causa de esperanza, en el informe se advierte que las nuevas formas de discriminación representan igualmente un motivo de creciente preocupación.

Por otra parte, han pasado ya más de 100 años de la creación de la Organización Internacional del Trabajo y , no obstante ello, el organismo sigue proclamando que en pos de un mejor futuro del trabajo para todos se requiere un paso decisivo hacia la igualdad de género[48]. En tal sentido ha expresado que

47 Informe del 1/6/03

48 Documento "Un paso decisivo hacia la igualdad de género", Resumen Ejecutivo, Organización Internacional del Trabajo, 2019,

en 1919 la OIT adoptó los primeros convenios sobre las mujeres y el trabajo. Un siglo después, las mujeres son una fuerza en el mercado de trabajo, sobrepasando barreras que en una época se habrían considerado insuperables. Si bien se han realizado grandes progresos en el último siglo para las mujeres en el trabajo, no hay margen para la autocomplacencia. Los avances para cerrar las brechas de género se han estancado y, en algunos casos, se observa un retroceso. Sin embargo, es posible mejorar el futuro del trabajo para las mujeres, pero sólo dentro de un ecosistema que comprenda medidas de refuerzo y un firme compromiso con la igualdad de género. Se ha elaborado un informe que es la culminación de la amplia labor llevada a cabo en el contexto de la iniciativa del centenario de la OIT relativa a las mujeres en el trabajo. Las conclusiones y recomendaciones están en consonancia con la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, que fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 2015. La realización de la Agenda 2030 depende de la consecución efectiva de la igualdad de género en el mundo del trabajo.

Éste es nuestro desafío, éste es el compromiso que debemos asumir: bregar desde nuestro específico ámbito familiar, social y de desempeño laboral y académico por el reconocimiento para todas las personas, sin distinción alguna, no sólo de iguales derechos, sino de iguales "oportunidades" para ejercitarlos, así como del derecho a vivir y trabajar en un ambiente digno, sano y libre de toda forma de violencia. Vía en la que pese a los avances experimentados nos queda mucho por hacer en aras de construir una sociedad más justa, solidaria, democrática, con igualdad de oportunidades para todas y todos.

MEDIDAS DE ACCIÓN POSITIVA FRENTE A LA SUBREPRESENTACIÓN DE LAS MUJERES EN EL MERCADO LABORAL

MARÍA BEGOÑA GARCÍA GIL

Como investigadora del área de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social cuento con dos sexenios y un trienio de investigación, así como cuatro tramos reconocidos obtenido en tres de ellos la calificación de excelente. De mis 74 publicaciones destaco por conexión con este estudio, las relativas a relativas a las trabajadoras víctimas de violencia de género, sobre la clasificación profesional y la valoración de puestos de trabajo desde la perspectiva de género, sobre formación de colectivos vulnerables y una monografía específica sobre medidas de política de empleo.

ABSTRACT: We will analyse positive action measures, such as temporary measures to remove the situation of undervaluation of women -resulting from indirect discrimination situations- that aim to ensure women's right to professions and employment or political positions where they are underrepresented. In particular, the actions and factors against which positive action measures act by correcting women's inequality in specific sectors and positions. We will make concrete proposals to remove barriers restricting effective equality between women and men in the labour market regardless of the work position and the activity sector

KEYSWORDS: Employment, measures, woman.

1. INTRODUCCIÓN

Es importante establecer algunas premisas conceptuales, en concreto, en el ámbito de la política de empleo queremos centrar nuestro análisis en las llamadas políticas activas de empleo estructuras mediante la intervención directa de los gobiernos en el mercado de trabajo para prevenir o aliviar el desempleo y para mejorar su funcionamiento en términos generales.

Fundamentalmente consisten en medidas de inserción, formación y políticas de promoción de creación de empleo incidiendo sobre la oferta y la demanda de trabajo, aumentando la empleabilidad y fomentando la creación de nuevos empleos.

En el marco del ordenamiento laboral español el Real Decreto-ley 3/2011, de 18 de febrero, de medidas urgentes para la mejora de la empleabilidad y la reforma de las políticas activas de empleo[1] se refiere a las políticas de empleo como el conjunto de acciones y medidas de orientación, empleo y formación para mejorar las posibilidades de acceso al empleo, por cuenta ajena o propia, al mantenimiento del empleo y a la promoción profesional de las personas ocupadas y al fomento del espíritu empresarial y de la economía social.

En este sentido, estas políticas, en tanto que promueven la inserción laboral y el mantenimiento del empleo, se relacionan directamente con las características

1 Artículo 10 del Real Decreto-ley 3/2011, de 18 de febrero, de medidas urgentes para la mejora de la empleabilidad y la reforma de las políticas activas de empleo, que modifica los apartados 1 y 3 del artículo 23, de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de empleo.

de las personas empleables, esto es, la oferta de trabajo, y, también, con la demanda de trabajo. Siendo de forma tradicional dirigidas a determinados colectivos en su mayoría, colectivos que se han identificado como grupos vulnerables[2]. Podemos afirmar que en la historia reciente de nuestra política de empleo estas medidas han sido fundamentalmente: medidas dirigidas a la gestión del empleo y la intermediación laboral, medidas dirigidas a la formación de los trabajadores, medidas de fomento del empleo, medidas de reparto del empleo, medidas para la movilidad y flexibilidad en los tiempos de trabajo y los salarios, medidas de protección, prevención y activación del empleo, medidas para la creación de empresas y promoción del autoempleo y el emprendimiento.

De una manera o de otra el sistema relativo a los instrumentos jurídicos de empleo ha ido potenciando cada una de estas medidas en función de las necesidades del mercado de trabajo español. Haciendo hincapié en aquellas que por la situación coyuntural de nuestro mercado han sido necesarias modificar, potenciar o mejorar.

Si fuera preciso resumir estas medidas quizás es medianamente sencillo, estructurar una clasificación general fácil de aplicar a casi todos los ordenamientos laborales y que a continuación señalamos:

POLÍTICAS ACTIVAS DE EMPLEO	
1. INTERMEDIACIÓN LABORAL	Actuaciones dirigidas a facilitar la interacción entre demandante y oferentes de trabajo. Las principales actuaciones sobre quienes demandan un empleo son las de orientación, formación, información y seguimiento. Sobre la oferta se incide facilitando sus procesos de búsqueda de personal con las características adecuadas.
2. FORMACIÓN PARA EL EMPLEO	Medidas destinadas a facilitar que la capacitación de una persona sea adecuada para tener un empleo que, además de ajustarse a la demanda del mercado laboral, satisfaga sus necesidades profesionales, económicas, de promoción y desarrollo a lo largo de la vida. Es clave para potenciar la posibilidad de que una persona encuentre y/o mantenga un puesto de trabajo (empleabilidad)

2 GARCÍA GIL, M.B.: Los instrumentos jurídicos de la política de empleo, Aranzadi, 2006, páss. 103 y ss,

POLÍTICAS ACTIVAS DE EMPLEO		
3. FOMENTO DEL EMPLEO	*Fomento de la contratación*	Medidas que incentivan la creación de empleos mediante la concesión de subvenciones a la contratación, ya sea mediante ayudas económicas o a través de reducciones selectivas en las cotizaciones sociales.
	Apoyo al emprendizaje y empresariado	Programas de asesoramiento, financiación y, en general, los mecanismos facilitadores de la inserción laboral de personas desempleadas por la vía del autoempleo o la creación de empresas.
	Otras medidas de apoyo al empleo	Figuran, por ejemplo, los mecanismos que incentivan la creación de empleo (por cuenta ajena o cuenta propia) facilitando el acceso a la formación y, seguidamente, a la realización de prácticas profesionales.
OTRAS MEDIDASD		Otras medidas que, por su naturaleza, no ha sido posible su inclusión en el resto de categorías, tal es el caso, de los estudios sobre el mercado de trabajo.

Fuente: Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad

Nos interesa establecer este marco normativo para incidir en aquellas medidas de política de empleo que hacen referencia al colectivo de mujeres. Entendido como colectivo vulnerable, principalmente por la situación de desigualdad frente al hombre centrándonos en aquella brecha que en algunas profesiones, oficios y cargos se desarrolla principalmente y que nos coloca en una situación de infravaloración profesional y que conocemos como subrepresentación de la mujer en el mercado de trabajo.

Algunos especialistas en la materia han hecho referencia expresa a esta cuestión como una lacra de la cultura sexista: "……que casi de forma generalizada crea barreras organizativas que obstaculizan el acceso, permanencia, y promoción de la mujer en las empresas"[3]. En otras palabras, el fenómeno identificado como segregación ocupacional.

[4]De forma reciente el gobierno español ha incidido en la necesidad de establecer nuevos ejes con el fin de mejorar la presencia de mujeres en el mercado laboral con el fin de potenciar la empleabilidad de este colectivo, De hecho, el objetivo de la próxima reforma del gobierno español se centra en garantizar la presencia del 50% de mujeres

3 JIMÉNEZ VARGAS P. J,: La desigualdad de género en el mercado laboral, Gender inequality in the labor market , BIB 2017\12417, *Revista de Información Laboral*, núm. 6/2017, Aranzadi.

en los programas de mejora de la empleabilidad que estén financiados con los servicios públicos. La promoción del empleo para las mujeres es otro de los ejes sobre los que pivota la reforma, que busca continuar con las distintas políticas implementadas en los últimos años dirigidas a alcanzar igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres.

En especial, debido a la situación social, crece la preocupación por las trabajadoras víctimas de violencia de género[4], en las que se suman dos circunstancias determinantes: la condición de mujer y la de víctima de violencia de género. En este sentido se pretende la inserción laboral de aquellas que hayan sido víctimas de la violencia de género también está contemplada en los distintos programas que conforman el nuevo texto de reforma laboral.

2. CAUSAS DE LA SUBREPRESENTACIÓN DE LA MUJER EN EL MERCADO DE TRABAJO ESPAÑOL

Queda claro que la subrepresentación de la mujer en el mercado de trabajo español es un fenómeno cuyo análisis requiere detenerse en diversos aspectos específicos aunque sea de forma panorámica. En este sentido, es necesario hacer referencia a los siguientes elementos.

En primer lugar, la denominada segregación ocupacional que se encuentra marcada por las diferencias e incluso desigualdades que implican un tipo de exclusión social de las mujeres respecto al hombre, ya que por lo general las mujeres suelen ubicarse en puestos con un menor estatus y menor relevancia que aquellos que están ocupados por los hombres.

Esto provoca lógicamente que determinados puestos de trabajo estén ocupados por mujeres concentrándose en un número reducido de ocupaciones, lo que conocemos como profesiones feminizadas, existiendo empleos predominantemente femeninos o bien masculinos reconocido como profesiones masculinizadas. Esta tendencia, que se da con mayor o menor intensidad en todos los países, es conocida como segregación ocupacional por sexo .

4 Véase sobre esta cuestión: GARCÍA GIL, M. B.: "La protección social de las trabajadoras víctimas de violencia de género" en Futuro del Trabajo: Cien años de la OIT, Número 23 Colección Informes y Estudios, Ministerio de Trabajo, 2019 y "Medidas para trabajadoras víctimas de violencia de género" en La exclusión Social: estudio comparado desde la perspectiva jurídico laboral y constitucional, Dykinson, 2018

En el caso de nuestro país los agentes sociales han diseñado unos instrumentos colectivos que probablemente por tradición han segmentado las profesiones en profesiones masculinas y profesiones femeninas. Provocando el fenómeno, causa de la brecha de género en el mercado de trabajo, denominado sectores feminizados.

Las profesiones se describen tradicionalmente mediante criterios y factores vinculados a los hombres como: esfuerzo, responsabilidad y condiciones de trabajo, que a priori se conectan con competencias interpersonales y habilidades de comunicación en la mayoría de las ocasiones, lo que resulta una premisa claramente discriminatoria o cuanto menos con sesgos de género.

La consecuencia inmediata de esta división nos lleva a identificar dos cuestiones evidentes. Por un lado, la exclusión de factores objetivos y, por otro, la asignación de profesiones, por exclusión, a las mujeres.

Podemos afirmar que el mercado de trabajo español se segmenta y que en el total de mujeres ocupadas el porcentaje más alto (29,0%) correspondía a la ocupación de servicios de restauración, personales, protección y vendedores. En segundo lugar, (22,8%) a la ocupación de técnicos y profesionales científicos e intelectuales. Y, en tercer lugar (16,1%) a las ocupaciones denominadas elementales[5].

Las ocupaciones en las que las mujeres están más presentes que los hombres se encuentran plenamente identificadas, en este sentido nos referimos a actividades como el comercio minorista[6], sanitario[7], cuidados, dependencia[8]

5 Fuente EPA.

6 CC Textil Álava, CC Comercio textil Ciudad Real, CC comercio textil Cantabria, CC Comercio minorista Alicante, CC Alimentación Coruña, CC Carnicerías Cantabria, entre otros), en el ámbito estatal podemos ver: CC Heimbach, CC Alpujarreña, CC Aguizerrezabal, CC Sews y CC Linder Aliment como ejemplo.

7 CC Clínicas Dentales Málaga, CC Ambulancias Asturias, CC Sanitarios Coruña, CC Hospitalización Sevilla).

8 CC Agencia SS, CC Eulen, CC OHL, CC Quavitae, CC Mare de Déu, CC Servicios Geriátricos, CC Hospitalización, CC Riary Dreams, CC Exervis, CC Gureak, CC Cespa, CC Domulim.

y servicios sociales[9], limpieza[10], administración pública[11], educación[12], entre otros que analizaremos de forma individualizada. Al punto que el 89% de las mujeres con empleo, desempeñan sus funciones en las actividades de comercio, sanidad, hostelería y educación, siendo baja su presencia en industria y mínima en construcción por poner un ejemplo de sector masculinizado. Se concentran la mayoría de los empleos en actividades administrativas y en la educación.

En segundo lugar, en un fenómeno que incide en la subrepresentación de la mujer y es el relativo a las llamadas categorías feminizadas que si bien son cada vez menos siguen pudiendo ser reconocidas por su existencia. Si observamos la Encuesta de Población Activa el 52,10% de las mujeres se concentran en determinados puestos de trabajo lo que provoca que se definan como puestos feminizados. Podemos destacar que el número de ocupados por sexo y ocupación nos lleva ratificar la misma línea que estamos argumentando y es que las ocupaciones elementales que comprenden aquellos trabajadores no cualificados en servicios, así como servicios de restauración, personales, protección y vendedores, empleos contables, administrativos y otros empleados de oficina, tienen rostro femenino.

Y, por el contrario, las ocupaciones militares, las de instalación y maquinaria, la artesanía , técnicos, puestos de dirección y gerencia están masculinizados, es decir, dentro de las ocupaciones se encuentran muchos más hombres que mujeres por lo que estas están subrepresentadas.

Esta distribución es absolutamente irregular, para poner algún ejemplo que sirve de evidencia podemos afirmar que por ejemplo que las mujeres se

9 CC Acción Social estatal, CC Dependencia estatal, CC Ayuda a domicilio Madrid, CC Ayuda a domicilio Asturias, CC a domicilio Sevilla, CC Residencias Valencia.

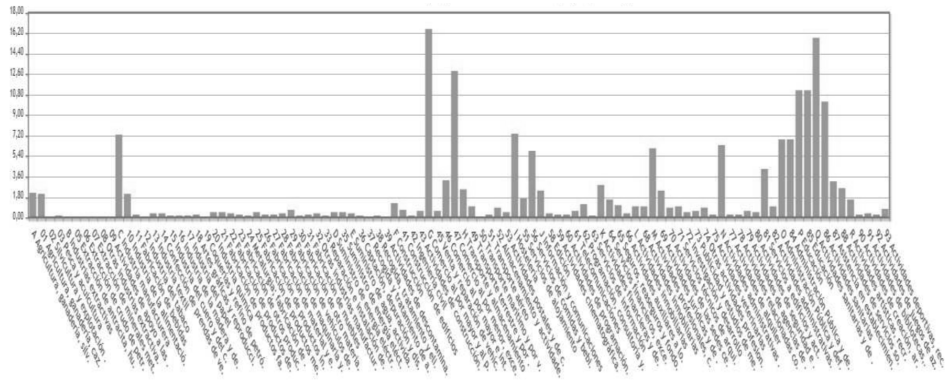
10 CC Limpieza Estatal, CC Limpieza Madrid, CC Limpieza Sevilla, CC Limpieza Navarra, CC Limpieza Murcia, CC Limpieza Jaén, CC Limpieza Asturias) a nivel empresarial sirva como ejemplo: CC LMI, CC Servicios Navarros, CC Empresa Limpieza, CC Cascales, CC Grupo empresas sociales. CC RAEP.

11 CC Personal laboral estatal, CC Personal laboral Madrid, CC Personal laboral docente universitario Madrid.

12 CC Ocio Estatal, CC Enseñanza privada estatal, CC Universidades privadas estatal, CC Educación Infantil estatal, CC Enseñanza no reglada Estatal, CC Enseñanza privada FFPP estatal, CC ocio educativo estatal, CC enseñanza peluquería estatal, CC Empresas educación ambiental Madrid, CC Ikastolas Navarra), en el ámbito empresarial: CC Colegio Alemán, CC Educa, CC Fundación Unv Málaga, CC Cultura Contemporánea, CC CSI Unv. Alicante, CC Fundación Unv Salamanca, CC Fundación Sta Bárbara.

concentran en diez actividades principalmente como a continuación se observa en el gráfico:

OCUPADO POR SEXO Y RAMA DE ACTIVIDAD. VALOR ABSOLUTO Y PORCENTAJES RESPECTO DEL TOTAL DE CADA SEXO ENCUESTA DE POBLACIÓN ACTIVA (EPA), RAMA DE ACTIVIDAD CNAE 2009, MUJERES, PORCENTAJE, 2021T1



Fuente: INE[13]

En tercer lugar, la cuestión relativa a los perfiles predominantes causa identificada que en términos generales marca la desigualdad de distribución de mujeres y hombres en el mercado de trabajo y que responde a determinadas características que podemos clasificar que son las que nos llevan a identificar los llamados perfiles predominantes.

En este sentido conviene detener el análisis en esos elementos que inciden en la desigualdad de presencia de mujeres y hombres en el mercado de trabajo y que resultan identificables; se refieren a la formación o nivel de estudios[14], la situación y las cargas familiares, la situación social y, como no, los aspectos tradicionales de la desigualdad como son: la edad, la religión, la etnia, entre otros[15].

Con el fin de establecer los perfiles predominantes es conveniente combinar elementos significativos como son: las tasas de actividad por sexo, el nivel de

13 INE: Mujeres ocupadas 1T de 2021, Disponible en: https://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=4128#!tabs- grafico, [Recuperado: 31/05/2021].

14 MARTÍNEZ CAMPOS, J. L., & CASTAÑO, C.: La brecha digital de género y la escasez de mujeres en el ámbito de las TIC. Panorama Social, 2017, págs. 49-65.

15 LÓPEZ MARTÍNEZ, M., & SOTO PACHECO, G.: Dinámica de la participación femenina en el mercado de trabajo español: actividad, empleo, estado civil y nivel de estudios, (1977-1997). Hacienda Pública Española, Madrid, 2000, págs.77-94.

formación, los grupos de edad, la nacionalidad y el estado civil, la tasa de paro, la tasa de ocupados a tiempo parcial por motivo de sexo y grupo de edad, etc.

De hecho, podemos empezar analizando las causas de desempleo de las mujeres, se encuentran muy cerca de esos elementos característicos a los que ya hemos hecho referencia: el nivel de educación o formación incide en un 21,6% y las cargas familiares en un 6,2% por responsabilidades personales o familiares.

En cuarto lugar, la brecha digital, el nivel de los conocimientos digitales en el empleo es un hecho incuestionable, que se relaciona también de forma paralela con la condición de mujer trabajadora tanto por las necesidades tecnológicas de los nuevos puestos de trabajo como por el desconocimiento en la materia o la falta de formación de las mujeres en esta materia a pesar de ser imprescindible en la realidad laboral actual. "Por ello, la importancia de tener y acreditar competencias específicas en TICs resulta, en la práctica, una circunstancia que incide directamente en la empleabilidad de las mujeres"[16].

Denominamos brecha digital a la diferencia y distancia que existe entre aquellas personas, instituciones, sociedades o países que pueden acceder a la red digital, y aquellas que no pueden hacerlo. En relación con la igualdad este acceso tiene especial importancia por la posibilidad que implica en materia de información, conocimiento y educación.

El acceso a las hoy todavía llamadas nuevas tecnologías permite a los usuarios la mejora de su posición frente al empleo, la digitalización impulsa la comunicación y la formación, por tanto, la falta de la misma origina grandes distancias y diferencias de oportunidades en el entorno laboral.

Podemos afirmar que entre sus conclusiones la UNESCO establece que: "las mujeres son 1,6 veces más propensas que los hombres a reportar la falta de habilidades como una barrera para el uso de internet"[17]. Para acercarnos a la realidad española sabemos que el 55% de las personas dedicadas a las labores del hogar presentan habilidades digitales bajas o nulas, la mayor proporción en cualquiera de las situaciones laborales existentes. Aunque no es solo una situación española, también el resto de los países vecinos presentan situaciones parecidas: en indicadores como "habilidades en Internet" o "mujeres con al menos habi-

16 DE LA PUEBLA PINILLA, A.: El trabajo de las mujeres en la era digital, *Labos*, volumen 3, núm. 3, noviembre 2020, págs. 4 y ss.

17 I'd blush if I could- closing gender divides in digital skills through education, UNESCO.

lidades digitales básicas", que forman parte del marcador general Women in Digital (WID), elaborado por la Comisión Europea[18].

3. MEDIDAS ACTIVAS DE EMPLEO PARA DOBLEGAR LA SUBREPRESENTACIÓN DE LA MUJER EN EL MERCADO DE TRABAJO

3.1. Introducción

Analizadas de forma panorámica las causas por las que la mujer se encuentra subrepresentada en el mercado laboral español corresponde establecer las medidas de política de empleo activas que nuestro ordenamiento establece para la corrección de este fenómeno.

Desde la promulgación de la Constitución Española en 1978, la superación de desigualdades entre hombres y mujeres toma como punto de partida como principio fundamental el artículo 14 del texto constitucional donde se garantiza el derecho a la igualdad y a la no discriminación por razón de sexo. Un año después, en diciembre de 1979 la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, que se ratificó en España en 1983. Coincidiendo con estos hechos legislativos, a partir de 1984 se produjo en el panorama laboral español la incorporación masiva de la mujer, la tasa de actividad pasó de 32.4 por ciento en 1987 a 47.47 por ciento en 2006[19].

Un paso importante se produjo en 2007 con la promulgación de la Ley orgánica 3 del 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Evidentemente tuvo consecuencias directas en el mercado de trabajo fundamentalmente por su impacto en los ámbitos de la vida y singularmente en las esferas política, civil, económica, cultural, social y artística. La corrección de la desigualdad en el ámbito las relaciones laborales, se concretó en aspectos significativos como son: el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral con el impacto en una mayor corresponsabilidad entre mujeres y hombres en la asunción de obligaciones familiares. La ley pretendió promover la adopción de medidas concretas a favor de la igualdad en las empresas.

En esa escalada de superación de la desigualdad, la regulación de los Planes de Igualdad en las empresas y su negociación en los convenios colectivos,

18 Mujer&Tecnología, Edición 2020, UGT, Estudios.

19 Fuente: Ministerio de Empleo.

se establecieron medidas específicas para prevenir el acoso sexual y el acoso por razón de sexo en el trabajo; se creó el permiso de paternidad autónomo y su correspondiente prestación económica y una nueva prestación por maternidad por parto de 42 días de duración para trabajadoras que no tienen cotización suficiente; además se mejoró el riesgo durante el embarazo y se protegió el riesgo durante la lactancia.

En la actualidad la estructuración de medidas activas de empleo para la protección de la mujer trabajadora, tienen como objetivo y se encuentran especificadas en el Plan de Empleo del Reino de España para el 2020[20]:

Eliminar la segregación horizontal y la brecha salarial de género para lo cual es necesario desarrollar una formación específica en igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres para eliminar sesgos de género.

Reducir la tasa de paro juvenil hasta el 23,5 %, en hombres y mujeres, (situada en el tercer trimestre de 2018 en un 33 %) durante el conjunto de los tres años de vigencia del Plan, disminuyendo en 168.000 el número de personas jóvenes menores de 25 años en paro.

Modificar la incidencia del trabajo a tiempo parcial, es desproporcionalmente más alta en las mujeres que en los hombres. Lo mismo pasa, aunque de forma no tan acentuada, con la contratación temporal. Y, aunque el trabajo autónomo está masculinizado, no sucede así con el segmento del que no cuenta con trabajadores a su cargo, de modo que también las mujeres pueden quedar más afectadas por el impacto de la pandemia.

Reducir en un 20 % la actual brecha de género entre hombres y mujeres jóvenes en las cifras de paro registrado. En el mes de octubre de 2018, esa brecha se situaba en 45.500 entre personas menores de 30 años.

Incrementar la tasa de actividad hasta el 73,5 % para las personas jóvenes con edades comprendidas entre los 20 y los 29 años (alcanzando en el tercer trimestre de 2018 un 58,73 %). Este incremento deberá conseguirse aumentando, en al menos, tres puntos entre las mujeres.

También se establecen actuaciones de formación profesional para el empleo, dirigidas al aprendizaje, formación, recualificación o reciclaje profesional y de formación dual y en alternancia con la actividad laboral que permitan

20 https://www.boe.es/boe/dias/2020/11/02/pdfs/BOE-A-2020-13342.pdf

al beneficiario adquirir competencias o mejorar su experiencia profesional, la creación de un marco de contratación laboral que dote de mayor calidad a las relaciones laborales, acciones dirigidas a promover tanto la igualdad entre mujeres y hombres jóvenes en el acceso, permanencia y promoción en el empleo como la conciliación de la vida personal, familiar y laboral o las medidas destinadas a fomentar la iniciativa empresarial, el trabajo autónomo y la economía social, así como las encaminadas a la generación de empleo, actividad empresarial y dinamización e impulso del desarrollo económico local.

Incentivar la contratación de trabajadoras víctimas de violencia de género.

3.2. Medidas activas de empleo

Partiendo de la consideración general de que el ordenamiento español no considera en la actualidad medidas específicas para las mujeres como colectivo vulnerable sí que estructura medidas orientadas a desigualdades específicas de la condición de género.

Destacamos a continuación aquellas que se pueden aplicar conforme al ordenamiento.

3.2.1. Medidas para mujeres discapacitadas

Se bonifican los contratos indefinidos, los temporales, formativos de aprendizaje, prácticas y formación en empresas ordinarias en Centros Especiales de Empleo, interinidad[21], así como el contrato para la Formación y el Aprendizaje (en el supuesto de trabajadores discapacitados sin límite de edad inscritos como demandantes de empleo)[22]. En todos ellos, la fórmula es incrementar la bonificación en el caso de mujeres. Pongamos como ejemplo los contratos indefinidos para mujeres discapacitadas se bonifican para mujeres menores de 45 años con la cantidad de 5.350 euros y para mayores de 45 años con 5.700 euros incrementando a 5.950 euros en caso de discapacidad severa para menores de 45 años y para mayores de esta edad a 6.300 euros[23].

21 Ley de Medidas Urgentes para la Reforma del Sistema de Protección por Desempleo y Mejora de la Ocupabilidad (Ley 45/2002, de 12 de diciembre).

22 Ley de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado Laboral (Ley 3/2012, de 6 de julio).

23 Ley para la Mejora del Crecimiento y del Empleo (Ley 43/2006, de 29 de diciembre).

La Conversión de contratos temporales de fomento del empleo, contratos en prácticas y para la formación y el aprendizaje en Empresas Ordinarias (inscritos como demandantes de empleo) en el caso de mujeres menores de 45 años se bonifica con 5.350 euros y si es severa la discapacidad se aumenta a 5950 euros y para mayores de 45 años es de 6.300 euros y con discapacidad severa 6.300 euros.

3.2.2. Medidas para las mujeres víctimas de violencia de género

Si bien la bonificación no está prevista expresamente para las mujeres queda claro que la condición de víctimas de la violencia de género se encuentra asociada a la condición de mujer. Por ello se bonifica el contrato indefinido con una cuantía anual de 1500 euros y la contratación temporal con la cantidad de 600 euros[24].

3.2.3. Medidas para mujeres que prestan sus servicios en el ámbito del hogar familiar

De la misma forma que en el supuesto anterior si bien no es específico de la condición de mujer hay que tener claro que en España el 93% de los trabajadores domésticos son mujeres. De ahí nos refiramos a esta ayuda que consiste en: aquellas que se hayan incorporado al sistema especial de seguridad social a partir del 1/1/2012 hasta el 1/1/2019 (Siempre que la obligación de cotizar se haya iniciado el 1/1/2012) tienen una reducción del 20 por ciento de la cuota del empleador. Y en el caso de familias numerosas de categoría general, de los ascendientes -o el ascendiente en el caso de familias monoparentales- deben trabajar fuera de casa una bonificación del 45 por ciento de la cuota del empleador[25].

3.3. Medidas indirectas de protección a la subrepresentación de la mujer en el mercado de trabajo español

Consideramos medidas indirectas aquellas que en términos generales se establecen con el objeto de dar solución a la subrepresentación de la mujer en determinadas profesiones y oficios y que no están sujetas a subvenciones ni bonificaciones concretas pero que son medios para lograr el mismo objetivo.

24 Ley 43/2006.

25 Real Decreto 1620/2011, Ley 40/2003 y Real Decreto ley 28/2018.

La obligación de la elaboración de un Plan de Igualdad a las empresas a partir de 50 trabajadores, de forma progresiva: 50-100 trabajadores (3 años); 101-150 trabajadores (2 años); 1510-200 (1 año). Así como el Registro de Planes de Igualdad de las Empresas, en el que las empresas deben inscribir con carácter obligatorio sus planes.

La necesidad de realizar una auditoría salarial entre mujeres y hombres.

La declaración de nulidad de la extinción de la relación laboral durante el periodo de prueba de las trabajadoras por razón de embarazo.

La garantía frente a la igualdad salarial mediante el concepto de "trabajo de igual valor" y se reconoce el derecho a la igualdad retributiva. De ahí la importancia de la valoración de los puestos de trabajo. La obligación de registro de las empresas de los valores medios de salariales disgregado por sexo y grupos profesionales, categorías o puestos iguales o de igual valor, accesible a los trabajadores a través de sus representantes. En las empresas de más de 50 trabajadores, cuando haya una diferencia partir del 25% en el promedio de las retribuciones de un sexo (referenciado al conjunto de la masa salarial o la media de percepciones satisfechas), se deberá incluir en el Registro salarial una justificación de que la diferencia no está relacionada con el sexo de los trabajadores.

La competencia derivada de los derechos de información de los Representantes de los Trabajadores en materia de igualdad que sirve de control directo.

El favorecimiento frente al derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral, se implanta un derecho a la adaptación de la duración y distribución de la jornada, en la ordenación del tiempo de trabajo y en la forma de prestación, incluida la prestación a distancia. Si no hay previsión convencional, la empresa deberá abrir un proceso de negociación durante un periodo máximo de 30 días.

La regulación del permiso de lactancia desde una perspectiva más igualitaria reconociendo el derecho a disfrutar del permiso de lactancia a los dos progenitores con el reconocimiento del derecho a la concreción horaria del al trabajador.

Extensión de 9 a 12 meses el disfrute de la reducción de jornada por lactancia (con disminución proporcional de salario desde los 9 meses) cuando ambos progenitores ejerzan este derecho con la misma duración y régimen. Durante ese periodo, se prevé el abono de una prestación económica a cargo de

la Seguridad Social por "ejercicio corresponsable del cuidado del lactante" del 100% de la base reguladora de la IT.

La extensión de la reserva de puesto de trabajo en la excedencia por cuidado de menores a 18 meses cuando ambos progenitores ejercen este derecho con la misma duración y régimen.

Un avance sustancial ha sido la equiparación del permiso de paternidad al de maternidad, al ampliarse a 16 semanas, de las cuales las 6 inmediatamente posteriores al parto serán obligatorias e ininterrumpidas y que deberán disfrutarse a jornada completa. Aplicándose de forma progresiva; desde abril de 2019, 8 semanas. Siendo las 2 primeras deberán disfrutarse de manera ininterrumpida inmediatamente tras el parto y la madre biológica podrá ceder al otro progenitor un periodo de hasta 4 semanas de su periodo de suspensión de disfrute no obligatorio. Y, a partir del 1 de enero de 2020, 12 semanas: las 4 primeras deberán disfrutarse de manera ininterrumpida inmediatamente tras el parto y la madre biológica podrá ceder al otro progenitor únicamente 2 semanas de su periodo de suspensión de disfrute no obligatorio. Y llegando en enero de 2021 a la equiparación definitiva con 16 semanas, salvo las 6 semanas inmediatamente posteriores al parto, que serán de disfrute obligatorio, el resto del periodo podrá distribuirse, por periodos semanales, como elijan los progenitores y ejercitarse desde la finalización de la suspensión obligatoria posterior al parto hasta que el hijo o hija cumpla 12 meses, debiendo comunicarse con un preaviso de 15 días.

Protección frente a decisiones extintivas de la empresa de 9 a 12 meses a los trabajadores que se reintegren al trabajo al finalizar los periodos de suspensión del contrato por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento.

Sin olvidar aspectos significativos que nuestro ordenamiento refleja y que en materia de valoración de puestos de trabajo[26]. deben observarse como modificaciones de neutralidad de lenguaje y equiparación de derechos en otras normas y para otros colectivos, como trabajadores autónomos o empleados públicos y que en materia de clasificación profesional deben tenerse en cuenta[27]

26 GARCÍA GIL, M. B.: Valoración de puestos de trabajo con perspectiva de género, Femeris, volumen 6, núm.2, 2021, pág. 61 y ss, http://dx.doi.org/https://doi.org/10.20318/femeris.2021.6136.

27 GARCÍA GIL, M. B.: "Aspectos significativos de la condición de género en el sistema de clasificación profesional", *Aranzadi Doctrinal,* núm. 6, 2021.

4. PROPUESTAS PARA SUPERAR LA SUBREPRESENTACIÓN DE LA MUJER EN EL ÁMBITO LABORAL

Para poder argumentar la causa de las propuestas es adecuado observar el gráfico que el Informe Informe ClosinGap 2021[28] establece respecto al impacto que las brechas tienen el PIB en este sentido podemos observar como la salud y el bienestar, la conciliación, la educación, la digitalización y el empleo impactan en el PIB de forma directa. Recordemos que el objetivo del informe es impulsar el conocimiento sobre la desigualdad de oportunidades entre hombres y mujeres desde una perspectiva económica, promoviendo así el debate y la sensibilización de la opinión pública. Estableciendo una base fundamental referida a cuánto podría crecer nuestra economía si se aprovechase todo el talento femenino.

En resumen, los datos obtenidos en el Índice ClosinGap ponen de manifiesto cinco conclusiones generales referidos a unas categorías específicas, como el empleo, la educación, la conciliación, la digitalización y en la salud y el bienestar que nos llevan a presentar propuestas en la materia.

En materia de empleo, las mujeres cada vez participan más en el mercado laboral y durante más años, pero continúan trabajando menos horas y con un menor salario que los hombres, lo que se refleja en pensiones de jubilación más bajas lo mismo que en materia de liderazgo y toma de decisiones.

Sobre la educación, las mujeres cuentan con mayor educación universitaria que los hombres, pero son los hombres los que predominan en carreras técnicas.

La conciliación es una materia con un peso relevante, las mujeres asumen la mayor parte del trabajo no remunerado lo que repercute en unas tasas de inactividad y parcialidad laboral más elevadas.

La brecha digital es un hecho a pesar de que, en principio, apenas se aprecian diferencias en el uso de nuevas tecnologías a nivel usuario entre hombres y mujeres, el porcentaje de mujeres especializadas en TIC en el mercado laboral es aún muy bajo.

Por último, respecto de la salud y el bienestar, las mujeres viven más años, pero con peor salud y calidad de vida que los hombres, fundamentalmente debido a sus esfuerzos físicos y mentales tanto laborales como familiares.

28 https://closingap.com/wp-content/uploads/2021/03/Informe-Indice_ClosinGap_web.pdf

FIGURA 10. COMO AFECTAN LAS BRECHAS AL PIB A TRAVELS DEL MERCADO LABORAL



Si bien algunos de estos aspectos han sido analizados indirectamente, a lo largo de nuestro estudio han sido referidos en varias ocasiones, por ello proponemos algunas cuestiones que esperamos sirvan a la reflexión de los especialistas en la materia.

No podemos comenzar sino de la manera más evidente y es que para evitar la subrepresentación de la mujer debe incidirse en la corrección de sectores masculinizados y feminizados lo mismo que en profesiones y categorías feminizadas y masculinizadas. En este sentido, debe realizarse un análisis y una evaluación de los sectores y perfiles en los que las mujeres tienen una menor presencia, debido a un sistema social que ha propiciado la fragmentación del trabajo. Corrigiendo las causas sociales y educacionales que llevan a esta situación en nuestro mercado y desarrollando aspectos fundamentales como el desarrollo profesional de las mujeres[29] sin límite espacial o temporal.

29 NIETO ROJAS, P.: La promoción profesional de las mujeres en el mercado de trabajo español. Propuestas para reducir la segregación horizontal y vertical" Femeris: Revista Multidisciplinar de Estudios de Género, ISSN-e 2530-2442, Vol. 4, Nº. 2, 2019 (Ejemplar dedicado a: La igualdad en el ámbito Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, editado en colaboración con la Asociación Española de Derecho y Seguridad Social), págs. 70-104.

De la misma forma tienen que vigilarse todos los estadios del empleo, poniendo especial cuidado en las medidas para reducir la discriminación por género en los procesos de selección donde se alcanza una desigualdad manifiesta que parte de prejuicios en el seno empresarial. Las organizaciones deben realizar un ejercicio de autocrítica y anticiparse a esta discriminación, desarrollando mecanismos que minimicen los prejuicios y den valor a los aspectos verdaderamente decisivos: las competencias y el talento de los candidatos, otra vez damos especial relieve a la importancia de las valoraciones de trabajo neutras y objetivas dejando de lado factores discriminatorios que inciden bruscamente en esa desigualdad en los procesos de selección.

Seguir avanzando en materia de corresponsabilidad poniendo especial detalle a la materia de responsabilidad por cuidados familiares que en el caso de la mujer sigue siendo una barrera para el empleo. Reforzando las políticas del bienestar social ya que las mujeres tienen mayor riesgo de dependencia económica, la pobreza o la violencia de género, especialmente cuando influyen otros elementos como la discapacidad. Es por ello vital atacar la "raíz" de esta exclusión social, fortaleciendo la red de Servicios Sociales para ampliar la atención a las mujeres en riesgo de exclusión social, así como profesionalizarla

Incidir en la formación, especialmente en aptitudes que son necesarias en el siglo XXI como competencias digitales y nuevas tecnologías, recordemos que ya hemos hecho referencia a la brecha digital.

Incidir en fórmulas de flexibilidad empresarial, como el teletrabajo, la racionalización de entradas y salidas o la recuperación de horas mediante bolsas. Muy importante el papel de los agentes sociales y el reconocimiento en instrumentos colectivos.

¿SMARTWORKING? LA TEORÍA DE LA DOBLE CARGA DE TRABAJO

LUCIANA GUAGLIANONE

Associate Professor of Labour Law at Law Faculty, University of Brescia, Italy. She has undertaken research in the fields of Labour Law at Law Faculty, University of Brescia, Italy. She has undertaken research in the fields of Labour Law privileging the anti-discrimination approach in the field of gender, age and disability. She has been visiting for several periods of research in Spain at the Universidad Autonoma de Madrid. She participates in various national and international research groups.

MARIA LAURA PARISI

Associate Professor of Economics at the Department of Economics and Management of the University of Brescia, Italy. Her recent research interests include income inequality, poverty and material deprivation; smartworking and the effect of the pandemics; productivity and labor market polarization. She is the author of several publications on international specialized journals and volumes. She is currently a co-investigator in a consortium of three Italian universities on a PRIN 2020-2023 project funded by the Italian Ministry of University and Research

ABSTRACT: Smartworking has been invoked by the Italian government as a work-life balance instrument during the pandemics, first through the "Cura Italia" decree on March 17, 2020 and later on with the "Rilancio" decree on May 19. However, evidence questions some of the objectives of the EC Dir. n.2019/1168, not yet in force. There is a risk to instate a "theory of double work load" or "double shift", which would increase gender disparity and exacerbate gender conventional roles. We discuss available evidence on the phenomena of smart working and domestic duties distribution among men and women in Italian households during the two phases of Covid-19 pandemics in Italy. From the resulting stylized facts and by discussing the most recent regulations, we draw some implications.

KEYWORDS: Work-life balance; Smartworking; Double shift.

1. INTRODUCCIÓN

En Italia, durante la pandemia del COVID-19, el porcentaje de empleados en régimen de smartworking ha aumentado sustancialmente para hacer frente al enorme choque provocado por la crisis sanitaria y las siguientes políticas restrictivas para detener la difusión del virus[1]. Sin embargo, esta modalidad de trabajo ha acentuado la división de roles dentro de los hogares, cuestionandola idea de que el smartworking, en la actualidad, pueda convertirse en un instrumento de conciliación entre la vida laboral y familiar.

El análisis que hemos realizado llega a la conclusión de que el smartworking es un factor de desequilibrio en la carga de trabajo, produciendo resultados adversos, ya que condiciona la elección de la participación en el mercado laboral y la productividad del trabajo por parte de las mujeres. De hecho, el trabajo en casa tiene como consecuencia la mezcla de trabajo profesional y doméstico o el cuidado de los hijos. Lo más grave desde el punto de vista político es que el Gobierno, a pesar de esta conciencia, apuesta por el equilibrio entre vida privada y trabajo a través de esta modalidad. En 2020 promulgó una serie de leyes que dan cabida al smartworking, pero que establecen condiciones estrictas para los

1 Anderton, Botelho, Consolo , Dias da Silva, Foroni, Mohr, & Vivian, "The impact of the Covid-19 pandemic on the euro area labor market," ECB Economic Bulletin, issue 8/2020; Baldwin & Weder di Mauro, *Economics in the time of COVID- 19: A new eBook*, VoxEU.org, 6 March; Brinca, Duarte, & Faria y Castro "Is the COVID-19 Pandemic a Supply or a Demand Shock?," *Economic Synopses*, No. 31, 2020. https://doi.org/10.20955/es.2020.31

padres. Más tarde, en diciembre de 2020, después de casi un año de emergencia, aunque se debatió públicamente el impacto de género del trabajo a distancia, y de máxima preocupación, la Ley 176/2020 confirmó la misma norma, extendiéndola a los casos de niños que se ven obligados a permanecer en casa por la cuarentena del COVID-19 (art. 21 bis, d. l. 104/2020).

Todavía no se ha realizado un análisis en profundidad de las consecuencias de esta disposición legislativa.

En este artículo intentamos cumplir un doble objetivo: debatir la evolución de la normativa sobre conciliación entre la vida laboral y familiar en Italia durante los primeros meses del brote del COVID- 19 y aportar datos sobre el fenómeno del smartworking y la doble carga de trabajo.Argumentamos que las regulaciones existentes en tema del COVID-19 recogen una legislación imperfecta. Para alcanzar los resultados sobre indicados para cada sector de producción perteneciente a la clasificación NACE Rev.2 - Ateco 2007, calculamos el porcentaje de trabajadoras a distancia (o en smartworking) durante la primera oleada de la pandemia, distinguiendo los períodos de emergencia denominados Fase 1 (marzo-abril 2020) y Fase 2 (mayo-junio 2020) (léase los decretos "Cura Italia", d.l. 18 de 17/03/20 y "Rilancio", d.l. 34 de 19/5/20). A continuación, calculamos el porcentaje de mujeres que cubren diferentes profesiones en Italia, utilizando los tipos de trabajo que figuran en la clasificación internacional de profesiones CIUO-08 y ofrecemos una evaluación de los trabajos que pueden realizarse completamente a distancia (en casa), principalmente en casa, principalmenteen el lugar de trabajo, completamente en el lugar de trabajo. Por último, elaboramos un rango estimado en cada sector de la proporción de mujeres en smartworking[2].

En la Fase 1 se observa que la mayoría de los trabajadores a distancia eran mujeres. Por ejemplo, el sector de la educación, cuya mano de obra es mayoritariamente femenina, empleaba a un 32% de individuos en régimen de smartworking, y entre un 12 y un 20% de este porcentaje eran trabajadoras.

El mismo resultado se halla en los sectores que emplean menos trabajo a distancia (minerales, industria manufacturera, construcción, comercio minoris-

2 ISTAT, Situazione e prospettive delle imprese nell'emergenza sanitaria Covid-19, Report 15 junio 202

ta, servicios sanitarios); también en estos casi todos los trabajadores a distancia eran mujeres.

En cambio, durante la Fase 2 (mayo-junio de 2020) la incidencia de trabajo a distancia disminuye en todos los sectores, pero la proporción de empleo femenino en régimen de smartworking es bastante estable. Y en los sectores en los que pocas empresas adoptaron la modalidad de smartworking, ese tipo de trabajo fue cubierto, durante el confinamiento y después de este, generalmente por mujeres.

El artículo está estructurado como sigue. La sección 2, a la luz de las recientes herramientas jurídicas, presenta un panorama sobre el tema de la conciliación entre la vida laboral y familiar. La sección 3 ilustra los datos disponibles, introduce nuestra metodología para derivar las evidencias, sobre las cuales hablamos, en tema de la prepandemia y de las que se manifestaron durante el período de reclusión en Italia. Además, mencionamos (sin informar de los resultados) una encuesta preliminar sobre el smartworking y la doble carga de trabajo que se ha llevado a cabo en Italia. La sección 4 contiene un resumen y una discusión en torno a las próximas intervenciones políticas.

2. EL ALCANCE DE LA CONCILIACIÓN ENTRE LA VIDA LABORAL Y FAMILIAR

2.1. La normativa Covid: una legislación imperfecta

Desde el inicio del confinamiento el Gobierno italiano atribuyó un " objetivo" al smartworking. En la Fase 1 eligió la modalidad de smartworking como la "mejor solución" y esta idea se plasmó en el decreto "Cura Italia", d. l. 18 de 17/03/20, convertido en la Ley 27 de 24/04/20. Cabe decir que, durante este período, solo las actividades esenciales estaban activas, el 32% de los trabajadores dependientes trabajaba a distancia, y alrededor del 12-20% de dicho porcentaje eran trabajadoras. Si descomponemos estos porcentajes por sectores, claramente, encontramos que el sector de la educación es el que tiene el mayor porcentaje de trabajadoras a distancia, ya que dentro de este sector el smartworking era "la regla", no una opción. Por el contrario, el porcentaje de trabajadoras en sectores como las minas y canteras, la industria manufacturera, la construcción, el comercio minorista y los servicios sanitarios, la incidencia del trabajo a distancia, es menor. Pero incluso allí, la mayoría de trabajadores eran mujeres.

El smartworking, entonces, durante la emergencia se perfila como el actor principal de la actividad laboral[3] y esto se acentúa aún más durante la segunda fase de bloqueo.

El 4 de mayo de 2020, Italia abrió muchas actividades económicas; el 72% de los trabajadores que volvieron al lugar de trabajo eran hombres. Esta cifra no se debe -solo- al tipo de sectores que se pusieron en marcha (construcción y manufactura), que son las que emplean mayoritariamente a hombres, también en los sectores que utilizan muy poco trabajo a distancia, solo las mujeres eligieron esta modalidad de empleo.

En la Fase 2, otro decreto "Rilancio", el d. l. 34 del 19/5/20, convertido en la ley 77 del 17/7/20, propuso el smartworking como instrumento de conciliación. Además, esta modalidad de trabajo ya no era una elección del empresario, sino que se convirtió en un "derecho" para los padres trabajadores con hijos menores de 14 años. Sin embargo, el disfrute del derecho está conectado a algunas limitaciones; pueden acceder al smartworking solo si uno de los dos está en el paro o en situación de baja temporal (Cassa Integrazione Guadagni, un subsidio especial que se concede en Italia a los trabajadores suspendidos temporalmente). En resumidas cuentas, la modalidad con la que la conciliación entre la vida laboral y familiar se convierte en un objetivo específico del legislador[4] es una trampa: el smartworking es una tarea que se debe realizar mientras se trabaja. Como se ve, las condiciones para acceder a la modalidad de smartworking no están correlacionadas con el trabajo concreto, sino con la necesidad de quedarse en casa cuidando de los hijos. Por tanto, el smartworking, elegido por el Gobierno como un instrumento de equilibrio, no tiene en cuenta el problema de la doble carga de trabajo.

En diciembre de 2020, a pesar de que el impacto de género del trabajo a distancia ya era bien conocido, la Ley 176/2020 confirmó las mismas reglas norma, al contrario, la extendió a los casos de niños que se ven obligados a quedarse en casa por la cuarentena del COVID-19 (art. 21 bis, d. l. 104/2020).

Estas opciones de regulación no nos extrañan. La sociedad italiana sigue siendo muy patriarcal. En consecuencia, el pleno empleo femenino se ve a menudo

3 Guaglianone, L. & Parisi, M.L. (2021). Smartworking? Una teorizzazione del doppio carico di lavoro, Labour Law Community (LLC), 30 March 2021 (in Italian). https://www.labourlawcommunity.org/senza-categoria/smartworking-una- teorizzazione-del-doppio-carico-di-lavoro/

4 Mantione, "La finta neutralità del congedo parentale," *Minorigiustizia*, n.3, pp. 125-133, 2020

obstaculizado por la gran carga de trabajo familiar y doméstico que recae sobre sus hombros y el legislador no tiene en cuenta esta dificultad, ni en las normas legales, ni en las contractuales. En particular, la regulación legal, introducida progresivamente para conciliar la vida laboral y personal, ha reforzado la idea de que la conciliación es una cuestión femenina (casi exclusivamente); y que su objetivo es facilitar un equilibrio en el trabajo de cuidados y profesional. El contenido de la Ley n.53/2000 convertida en el TU d. l. vo. n.151/2011, muestra una visión bastante tradicional de los roles y responsabilidades del trabajo de cuidados y de la relación entre maternidad/paternidad y trabajo profesional. Esta visión, aun si bastante alejada del reparto de funciones, pero suaviza la posición central de las madres trabajadoras biológicas, ampliando los derechos de los padres trabajadores, y reconociendo el derecho y la obligación de prestar cuidados familiares a ambos padres trabajadores[5]. No obstante, esta posibilidad no ha socavado el modelo tradicional de quién tiene que cuidar la familia.

Y, sin embargo, a menos que las madres no pudieran acogerse a esta ley por razones que la ley, de forma taxativa indica, muy pocos trabajadores varones disfrutan de este beneficio. El permiso de paternidad existe, por tanto, como un derecho derivado solo en caso de ausencia o incapacidadde la madre, así que se refuerza la idea de la esencialidad de la función maternal y la "prescindibilidad" paterna (art. 28, d. l. vo. n.151/2001). Esta conclusión no cambia en el caso de la asignación exclusiva del permiso de paternidad al padre. Los diez días de permiso previstos representan solo un acto simbólico (y el derecho comenzará después de la Ley de Presupuestos 2021, art.1 c.363 letra a, Ley n.178/21).

Es importante volver a subrayar que la crisis del COVID-19 ha aumentado la doble carga y que esta recae sobre todas las mujeres de forma indiscriminada. El 68% de las trabajadoras, cuando viven en pareja, dedicaron más tiempo al trabajo doméstico que en los años prepandémicos (el porcentaje de sus parejas es de +40% que antes), mientras que el 61% dedicó más tiempo al cuidado de los hijos (el porcentaje de sus parejas es de +51%)[6].

5 Nunin, Dalla conciliazione alla condivisione. La regolamentazione normativa dei diritti dei padri lavoratori tra diritto comunitario e diritto interno, in Murgia A., Poggio B. (a cura di), Padri che cambiano. Sguardi interdisciplinari sulla paternità contemporanea tra rappresentazioni e pratiche quotidiane, ETS, pp. 173-199, 2011

6 Del Boca, Oggero, Profeta, & Rossi, Women's Work, Housework and Childcare, before and during COVID-19. IZA Discussion Paper n.13409, Junio 2020

2.2. Una perspectiva legal: ¿es el smartworking una solución?

La legislación "de emergencia" presenta como smartworking lo que en realidad es un instituto jurídico híbrido. Desplazar las actividades del trabajo no significa cambiar la organización del trabajo, sino el lugar donde se realiza, que, en época pandémica, es, naturalmente, la residencia o el domicilio del trabajador. Actualmente nos enfrentamos, en realidad, a una desregulación del trabajo flexible, en la que sobreviven pocos elementos, pero no los intrínsecamente relevantes (autonomía individual en la elección de las condiciones del propio contrato, o la libertad de elección del lugar de realización del propio trabajo, o los cambios en la organización del trabajo).

Con respecto a Italia, teniendo en cuenta las condiciones de los trabajos a distancia durante la era del COVID-19, el único elemento cierto a discutir es la idoneidad de una modalidad de trabajo, que tiene lugar en el domicilio, por ser una herramienta para promover el empleo femenino y la conciliación entre la vida laboral y familiar. A pesar de todo, existe, sin embargo, el riesgo de que la llamada "porosidad" entre el tiempo de trabajo y el tiempo de cuidado no suponga una mejora de la calidad de la conciliación, sino que implique una pérdida total de los límites entre la vida personal y el tiempo de trabajo, fenómeno denominado 'work-life blending'[7].

A este respecto y bajo estas premisas, parece discutible que el smartworking favorezca el equilibrio entre vida y trabajo. Más bien parece razonable pensar que, debido a la doble carga, las mujeres se ven obligadas a abandonar el mercado laboral. Por cierto, si observamos los datos de desempleo en el intervalo abril-septiembre de 2020, en Italia la tasa de desempleo femenino duplica la media europea: una pérdida de empleo equivalente al 4,1% en Italia, el 2,2% en Europa[8].Otro indicador del riesgo de abandono laboral femenino es el número de dimisiones, que parece preocupante. En Italia dimitir del trabajo siempre ha sido una opción típicamente femenina, como afirma el informe anual de 2019 del Ispettorato Nazionale del Lavoro (INAIL, Institución Nacional de Inspección del Trabajo, 2020): siete de cada diez dimisiones (alrededor del 72,7%,

7 Militello,Autonomia subordinata e *work-life blending* nell'era della *on demand economy*, in Impresa, lavoro ,non lavoro nell'economia digitale (A cura di C. Alessi, M. Barbera, L. Guaglianone), Cacucci, pp.350-368,2019

8 Fondazione studi consulenti del lavoro,Occupazione femminile: si allarga il divario con l'Europa, http://www.consulentidellavoro.it/files/PDF/2021/AnalisiStatistiche/Report_Donne_20210308.pdf, 2021

35963 unidades) proceden de madres trabajadoras; el 36% de las empleadas que dimiten alegan como motivo la "incompatibilidad entre el trabajo y el cuidado de la familia"[9].

Todos estos argumentos conducen a un único resultado; que la igualdad de género es otra "víctima" del COVID-19, conclusión muy a menudo difundida sobre todo en los medios de comunicación, pero no apoyada, sustancialmente, por el legislador italiano. Sin embargo, la idea del smartworking como herramienta de conciliación entre la vida laboral y familiar la encontramos también en el sistema normativo europeo. La Directiva Europea n.2019/1168 define el trabajo a distancia como una herramienta de "conciliación" (considerando n.35). Además, otorga a los padres una nueva vía de acceso a las políticas de conciliación, por ejemplo, el trabajo en tiempo/lugar "flexible", con el objetivo de incidir positivamente en el reparto del trabajo doméstico entre hombres y mujeres (considerando n.11). No obstante, el "laboratorio" de smartworking que tuvimos durante la pandemia, como indican los datos, cuestiona los objetivos de dicha Directiva.

Esta incoherencia entre las normas precovid y la experiencia posterior queda patente en el texto de la Estrategia Europea para la Igualdad de Género 2020-2025[10]. El trabajo a distancia es una propuesta para alcanzar un equilibrio entre la vida privada y el trabajo (art. 91). Aunque esta estrategia, al mismo tiempo, pone de manifiesto que el trabajo a distancia, si bien ofrece una mayor posibilidad de mejorar el equilibrio, también puede aumentar la carga de trabajo.

Dicho esto, sin embargo, se abre una fractura entre norma de ley y reflexiones teóricas. La pandemia ha empujado a Europa, desde un punto de vista teórico, a desaprobar la estructura social patriarcal, ya que es la responsable de la doble carga de trabajo que soportan las mujeres, y la principal razón de su infrarrepresentación en el mercado laboral. Las normas de leyes no siguen esta trayectoria y aun apuestan por el smartworking.

9 INAIL - Ispettorato Nazionale del Lavoro (2020). Rapporto annuale dell'attività di vigilanza in materia di lavoro e legislazione sociale. Anno 2019. https://www.ispettorato.gov.it/it-it/in-evidenza/Pagine/Rapporto-2019-attivita-di- vigilanza.aspx

10 European Commission (2020). A Union of Equality: Gender Equality Strategy 2020-2025, COM(2020) 152 final, 5 March 2020 https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0152&from=EN

En resumidas cuentas, nosotras llegamos a la conclusión de que el smart-working no es del todo eficaz cuando los prejuicios y los estereotipos guían las propias elecciones, en lo que se refiere a los cuidados y al trabajo doméstico. La brecha de género emerge incluso en este fenómeno, y la ley tiene que enfrentarse a una nueva forma de abordar el problema. Sugerimos que, para evitar efectos distorsionadores, se haga necesaria la evaluación del impacto de género de cada política Es urgente redactar normas buenas e igualitarias, y cada institución política debe considerar las dimensiones Inter seccionales como mecanismo de análisis de los fenómenos[11].

3. DATOS, METODOLOGÍA Y DISCUSIÓN DE LA EVIDENCIA

3.1. Tareas domésticas y el mercado laboral: datos prepandémicos

El cuidado de los niños o de otras personas en el hogar y el trabajo doméstico han atraído la atención de la Comisión Europea incluso antes del estallido de la pandemia. El interés se ha determinado porque esta forma de dedicar el propio tiempo y los recursos propios, de forma gratuita, forman parte de un problema más amplio de desigualdades de género.

A tal efecto, el monitoreo de este fenómeno es importante para promover una "economía próspera e igualitaria de género" y el trabajo que conducimos se justifica por esas razones.

En primer lugar, es interesante observar algunos indicadores contenidos en la Tabla 1(datos de 2016 a 2019 -Gender Equality Strategy Monitoring Portal) parte de la población es inactiva (es decir, no participa en el mercado laboral) debido a la necesidad de cuidar de los hijos o de los miembros del hogar con discapacidad. Se observa que el porcentaje de mujeres de 20 a 64 años es alrededor del 16% en 2018-19 de media, frente al 1% de hombres en la misma categoría. Se evidencia, entonces, una brecha de género que golpea las personas que dedican más tiempo que su pareja al cuidado de los hijos (65,5% en 2016, único año con datos disponibles para este indicador).

Asimismo, en cuanto a las personas empleadas, en 2018-19 el empleo a tiempo parcial involuntario afectaba a cerca del 60% de las mujeres y al 80% de

11 Chieregato, "A Work-Life Balance for All? Assessing the Inclusiveness of EU Directive 2019/1158," *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, Vol.36(1), pp.59-80, 2020

los hombres, ya que una mayor proporción de mujeres elige voluntariamente el trabajo a tiempo parcial. Además, existe una brecha de género, equivalente a aproximadamente el 13% (en 2017, único año disponible), en la inhabilitación para el permiso parental en las personas de 20 a 49 años, lo que podría incidir en el tiempo diferencial que pasan en casa las mujeres y los hombres (la brecha se reduce al 5,7% en el caso de las personas empleadas).

Por último, el trabajo en casa (es decir, el smartworking) en la época pre-pandémica en Italia era una modalidad escasa y poco frecuente, como se analiza en la siguiente subsección.

TABLE 1. EVIDENCE OF GENDER GAP IN PRE-PANDEMIC YEARS IN ITALY

		Total	Women	Men
Inactive population because of caring for children/ incapacitated adults (%, 20-64)	2016	12,2	17,5	0,9
	2017	12,8	18,5	1
	2018	11,6	16,6	1
	2019	10,6	15,2	1,1
Involuntary part-time employment	2016	64,2	58,8	80,3
	2017	62,4	56,8	79
	2018	65,6	60,7	80,4
	2019	65,8	61,1	80
Gender gap in people spending more time than their partner looking after their children (%)	2016	65,5	-	-
Gender gap in ineligibility for parental leave (%, 20-49)	2017	12,9	-	-
Gender gap in ineligibility for parental leave for employed people (%, 20-49)	2017	5,7	-	-

Note: Source: Gender Equality Strategy Monitoring Portal, section: Thriving in a gender-equal economy.

3.2. Pandemia y smartworking: debatiendo los datos

Utilizamos los datos de la encuesta del Instituto Nacional de Estadística italiano (Istat) sobre la situación y las perspectivas de las empresas italianas durante la crisis sanitaria del COVID-19 para alcanzar el porcentaje de empresas que adoptaron el smartworking entre enero-junio de 2020. La encuesta permite calcular también el porcentaje de personas que trabajaban desde casa en ese momento. Como se sabe, el smartworking depende en gran medida de los niveles tecnológicos, de la actividad y de la organización de los recursos humanos. Y en Italia, antes del brote de la pandemia (véase el cuadro 2, col. 7), esta modalidad

no era nada común; en enero y febrero de 2020 sólo el 2% de la mano de obra estaba empleada "a distancia". Este porcentaje se disparó hasta el 15,4% de media en marzo-abril de 2020 (fase 1, es decir, durante el cierre total de las actividades de producción y venta al por menor) y se estabilizó en el 9,8% de media en mayo-junio de 2020 (fase 2, apertura de las actividades con algunas limitaciones). Durante todo el período, el smartworking fue adoptado por el 90% de las grandes empresas, el 73,1% de las medianas, el 37,2% de las PYME y el 18,3% de las microempresas. El cuadro 2 recoge en la col. 1 la incidencia de las empresas que adoptaron el smartworking, para al menos un empleado en cada sector (la proporción de empresas en el sector). Mientras que la columna 2 informa del porcentaje de empresas dentro de cada sector en el que al menos el 50% de la mano de obra era en régimen de smartworking. Ambos porcentajes difieren sustancialmente entre sectores: las empresas de información y comunicación presentan el porcentaje más alto (69%), mientras que los servicios de alojamiento y alimentación tienen el porcentaje más bajo (3,6%). Lamentablemente, estos datos no se dividen entre trabajadores femeninos y masculinos. Para estimar el porcentaje de empleados femeninos y masculinos en régimen de smartworking adoptamos la siguiente metodología, siguiendo a Cetrulo, Guarascio y Virgillito[12] con algunas diferencias (véase también Boeri para una evaluación de los empleos teletrabajables)[13].

TABLE 2. PERCENTAGE OF ITALIAN COMPANIES WHICH ADOPTED SMARTWORKING IN JANUARY-JUNE 2020 (BY SECTOR).

NACE Rev. 2 (Ateco2007)	Incidence 2020	Incidence>50% 2020	Share-F 2019	Share-F IQ 20	Share-F IIQ 2020	Jan-Feb 2020	Mar-Apr 2020	May-Jun 2020
J) Information and communication	69,0%	50,6%	29,5%	29,6%	31,0%	5,0	48,8	33,2
D) Electricity, gas and steam supply	66,6%	27,7%	26,3%	29,2%	25,1%	3,3	29,6	17,2
M) Professional, scientific/technical service	55,4%	37,8%	48,4%	46,9%	48,4%	4,1	36,7	20,0
P) Education	52,2%	32,0%	**75,9%**	74,8%	**75,4%**	3,1	33,0	27,7
K) Financial and insurance activities	47,9%	23,6%	45,7%	45,9%	48,0%	2,4	26,1	16,5
L) Real estate activities	42,2%	25,1%	47,8%	47,6%	**52,1%**	2,1	25,7	11,2
E) Water supply and waste management	32,4%	3,4%	16,0%	18,3%	16,3%	1,4	6,6	4,3
N) Administrative and support service	30,8%	13,3%	**52,1%**	52,9%	**51,6%**	2,7	14,5	10,8
B) Mining and quarrying	26,6%	4,4%	11,7%	7,2%	9,9%	3,0	6,9	3,1
H) Transportation and storage	24,4%	5,2%	20,8%	19,7%	20,1%	2,2	7,9	5,8
C) Manufacturing	24,3%	1,7%	26,3%	25,8%	26,2%	0,7	4,8	2,9
F) Construction	16,8%	2,0%	6,7%	8,8%	7,9%	0,7	4,1	1,8
G) Wholesale and retail trade	15,8%	3,7%	41,9%	42,6%	41,2%	1,0	5,5	3,5
R) Arts, entertainment and recreation	14,4%	4,5%	42,5%	42,9%	41,1%	1,0	5,9	4,5
Q) Human health and social work	11,3%	1,1%	**71,4%**	72,2%	**70,6%**	0,9	2,5	1,4
S) Other service activities	6,8%	2,5%	**62,6%**	62,2%	**63,2%**	0,5	2,7	1,9
I) Accomodation and food service	3,6%	0,6%	**50,7%**	51,4%	**49,9%**	0,3	0,8	0,5
Average	31,8%	12,6%	39,8%	39,9%	39,9%	2,0	15,4	9,8

Note: elaboration of the authors on ISTAT data, Survey on the Situation and Perspectives of Italian companies during Covid-19 health crisis, 15 June 2020.

12 Cetrulo, Guarascio& Virgillito, "The Privilege of Working from Home at the time of Social Distancing," Intereconomics, Vol.55(3), pp. 142-147, 2020

13 Boeri, Caiumi, & Paccagnella, "Mitigating the work-safety trade-off," *Covid Economics*, Issue 2, pp.60-66, 8 April 2020, CEPR Press, 2020)

En primer lugar, sacamos la proporción media de mujeres que trabajan en cada sector en los tres períodos de 2019, primer trimestre de 2020 (IQ 2020) y segundo trimestre de 2020 (IIQ 2020) de Eurostat (2020). El cuadro 2, col. 3 informa de la proporción media de empleo femenino dentro de cada sector en 2019, col. 4 la misma proporción en IQ 2020 y col. 5 la proporción de mujeres en el CI 2020. Destacamos en negrita aquellos sectores cuya fuerza laboral femenina es superior al 50%. Descubrimos que sectores como Educación (P), Servicios administrativos y de apoyo (N), Salud humana y trabajo social (Q), Otras actividades de servicios (S), Alojamiento y servicios de comida (I) emplean a más mujeres que hombres. Según nuestra clasificación, P se encuentra en la parte superior de la clasificación de empresas que utilizan el smartworking, N se encuentra en la parte media, Q, S e I en la parte inferior de la clasificación. Más adelante se analizan las implicaciones de esta clasificación.

En segundo lugar, las tres últimas columnas del cuadro 2 informan del porcentaje de empleados que han trabajado a distancia (smartworking) durante los tres primeros bimestres de 2020, que corresponden en Italia al período pre-pandémico (enero-febrero de 2020), a la fase 1 del cierre (marzo-abril de 2020) y a la fase 2, apertura de mayo a junio de 2020. Existe una gran variabilidad entre los sectores.

La tarea de dividir estos porcentajes en hombres y mujeres la llevamos a cabo por medio del International Standard Classification of Occupations (ISCO-08), redactado por el OIT y clasificamos los trabajos en cuatro grupos: los que pueden realizarse completamente en casa (a distancia, CD), principalmente en casa (MD), principalmente in situ (MS), completamente in situ (CS). Como se puede ver, hay 41 ocupaciones identificadas: 10 pueden realizarse completamente en casa, 5 principalmente en casa, 7 principalmente en el lugar de trabajo/in situ, 19 completamente en el lugar de trabajo/in situ. En la práctica, alrededor del 37% de las ocupaciones pueden realizarse en casa. La tabla 3 muestra, con referencia al 2019, la frecuencia absoluta de trabajadoras que ocupan las cuatro categorías; el empleo total de ellas y la proporción de trabajadoras sobre los totales. Este procedimiento permite identificar un límite inferior (principalmente) y un límite superior (completamente) del porcentaje de mujeres que están empleadas en ocupaciones que se pueden realizar en casa.

TABLE 3. RATIO OF FEMALE WORKERS IN OCCUPATIONS WHICH CAN BE PERFORMED AT HOME OR IN THE WORKPLACE.

	FEMALE EMPLOYMENT (UNITS)	TOTAL EMPLOYMENT	RATIO	
CS	4258411	10525239	0,404 6	
MS	969536	3067358	0,316 1	
Total S	5227947	13592598	0,384 6	
MD	1336227	3856508	0,346 5	Lower bound
CD	3307665	5462415	0,605 5	Upper bound
Total D	4643892	9318923	0,498 3	
Hospitality (MS)	142847	450422	0,317 1	
Science (MD)	298977	1444709	0,206 9	
Health (MS)	726644	1242593	0,584 8	
Teaching (CD)	1022296	1305470	0,783 1	
ICT (CD)	798329	533244	0,149 7	

Note: source: ILO data on Italy in 2019. CS: occupations are performed completely on site, MS: occupations are performed mainly on site, MD: occupations can be performed mainly at home, CD: occupations can be performed completely at home. Hospitality: includes occupation *14- Hospitality, retail and other services managers*; Science includes occupations *21- Science and engineering professionals* + *31- Science and engineering associate professionals*; Health includes occupations *22- Health professionals* + *32- Health associate professionals*; Teaching includes occupation *23- Teaching professionals*; ICT includes occupations *25- Information and communication technology professionals* + *35- Information and communication technicians*. All professions denoted by CS cannot be attributed to a unique NACE Rev.2 sector in
Table 2, they are actually crosscutting sectors.

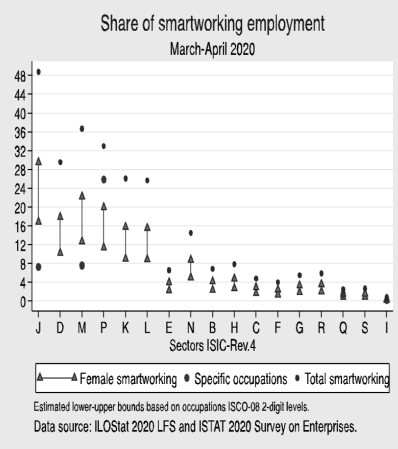
El cuadro 3 presenta también las ratios de las profesiones específicas. Los profesionales de la salud, que trabajan principalmente en el lugar de trabajo, son mayoritariamente mujeres (58,5%); los profesionales de la hostelería, en cambio, son mayoritariamente hombres. Los profesionales de la enseñanza son mayoritariamente mujeres y su trabajo puede realizarse completamente en casa. En tercer lugar, aplicamos estas ratios de límites inferiores y superiores al porcentaje de empleados que trabajan desde el hogar que figura en las dos últimas columnas

del cuadro 2 para obtener una estimación por intervalos del porcentaje medio de mujeres que trabajan desde el hogar en cada sector de actividad.

FIGURE 1. SMARTWORKING IN ITALIAN SECTORS DURING PHASE 1.

NACE Rev. 2 (Ateco 2007)

J) Information and communication
D) Electricity, gas and steam supply
M) Professional, scientific/technical service
P) Education
K) Financial and insurance activities
L) Real estate activities
E) Water supply and waste management
N) Administrative and support service
B) Mining and quarrying
H) Transportation and storage
C) Manufacturing
F) Construction
G) Wholesale and retail trade
R) Arts, entertainment and recreation
Q) Human health and social work
S) Other service activities
I) Accomodation and food service

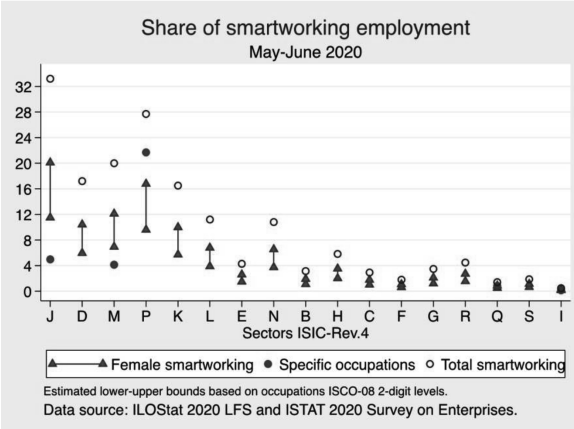


Cabe decir que los puntos de la Figura 1 representan los porcentajes de empleados que trabajan en smartworking para cada sector en la columna 8 de la Tabla 2 (fase 1, medida de bloqueo). Las flechas rosas representan las estimaciones del intervalo de empleados femeninos. Los puntos rojos indican el porcentaje de empleados en profesiones específicas dentro de los sectores (véase la Tabla 3). En la fase 1, una gran parte de los que trabajaban en smartworking eran mujeres. En los sectores con mayoría de trabajadoras, como el de la educación, alrededor del 32% de los empleados trabajaban en casa, y entre el 12% y el 20% eran trabajadoras. En los sectores con menor incidencia del smartworking (minería y canteras, manufactura, construcción, comercio al por mayor y al por menor, salud humana y trabajo social) las mujeres abarcan la mayor parte de las personas que trabajan desde casa.

Reproducimos esta descripción para la fase 2 del periodo de pandemia (mayo-junio de 2020), aplicando los límites inferior y superior de la cuota femenina a la columna 9 de la Tabla 2. El gráfico 2 ilustra los porcentajes de smartworking durante la fase 2 en los sectores de actividad. Durante la fase 2 (apertura de la mayoría de las actividades), la incidencia del smartworking disminuye en todas partes, pero las ratios de empleo femenino y de trabajo a distancia (smartworking) se mantienen sustancialmente iguales. Sin embargo, el smartworking no ha vuelto a los niveles prepandémicos.

FIGURE 2. SMARTWORKING IN ITALIAN SECTORS DURING PHASE 2.

NACE Rev. 2 (Ateco 2007)
J) Information and communication
D) Electricity, gas and steam supply
M) Professional, scientific/technical service
P) Education
K) Financial and insurance activities
L) Real estate activities
E) Water supply and waste management
N) Administrative and support service
B) Mining and quarrying
H) Transportation and storage
C) Manufacturing
F) Construction
G) Wholesale and retail trade
R) Arts, entertainment and recreation
Q) Human health and social work
S) Other service activities
I) Accomodation and food service



Por último, de estas evidencias se desprende, al estimar el efecto del trabajo a distancia(smartworking) sobre el mercado laboral, que el trabajo a distancia no se distribuye de forma aleatoria, como suponía gran parte de la literatura (al menos hasta el brote de la pandemia). Esta consideración es importante desde el punto de vista metodológico (véase la discusión en Depalo)[14].

3.3. Un análisis conjunto sobre el smartworking y el trabajo doméstico

En marzo de 2021 llevamos a cabo una encuesta (casi aleatoria) sobre smartworking y trabajo doméstico en Italia durante el período de cierre de 2020. Dicha encuesta tenía el objetivo de sondear los estereotipos existentes sobre los roles de género en Italia, todavía una carga pesada en el engorroso proceso de reducción de las desigualdades de género en nuestro país (véase, por ejemplo, Brinton & Lee[15], y desde un punto de vista legal, véase Parolari Piccitto,[16]). En la mayoría de los casos, los encuestados que debían hacer referencia a sí mismos

14 Depalo,The effects of remote working. Evidence from Covid-19. Mimeo, 2021 https://doi.org/10.13140/RG.2.2.15794.32960.

15 Brinton, & Lee,"Gender-Role Ideology, Labor Market Institutions, and Post-industrial Fertility," *Population and Development Review,* Vol.42(3), pp. 405-433. Retrieved May 4, 2021, from http://www.jstor.org/stable/44015658

16 Parolari,"Stereotipi di genere, discriminazioni contro le donne e vulnerabilità come disempowerment. Riflessioni sul ruolo del diritto," *AG, About gender, Rivista internazionale di studi di genere,* Vol.8(15),2019 https://doi.org/10.15167/2279- 5057/AG2019.8.15.1053; Piccitto, "Soddisfazione lavorativa ed equilibrio casa-lavoro: un'analisi di genere," *Stato e mercato*, n. 3, pp.461-498, 2018 https://doi.org/10.1425/91628

y a sus hogares, fueron mujeres (alrededor del 69%) y el 76,5% vive en las regiones de Lombardía y Véneto. Entre las preguntas, dos son apropiadas para el objetivo de este trabajo[17] y de los datos recogidos se desprende que son principalmente las mujeres las que se encargan del trabajo doméstico tanto cuando trabajan a distancia como cuando lo hacen in situ.

Es importante destacar que una de las preguntas rondaba alrededor de los prejuicios sobre los roles de género en el trabajo doméstico (¿Cree que sólo las mujeres tienen que encargarse del trabajo doméstico?"). La mayoría de los hombres respondientes desmintieron esta afirmación, aun si cabe destacar que un relevante porcentaje de los hombres encuestados (11,7%) dijo que sí a la pregunta.

4. RESUMEN Y PROSPECTIVAS

Mediante la exploración de los datos sobre el smartworking comprobamos que una gran parte de los trabajadores a distancia (smartworkers) en la fase 1, es decir, en la fase de cierre, eran mujeres. En los sectores que tiene una mayoría de trabajadoras, como el de la educación, alrededor del 32% de los empleados trabajaban en casa, y entre el 12% y el 20% de ellos eran mujeres. En los sectores con menor incidencia del smartworking (minas y canteras, industria manufacturera, construcción, comercio al por mayor y al por menor, salud humana y trabajo social) las mujeres cubrían la mayor parte de las personas que trabajaban desde casa. Estos hechos se ven confirmados por los datos de nuestra investigación, que ha recogido recogió información sobre el smartworking (trabajo a distancia) y la carga de trabajo doméstico para una encuesta pseudoaleatoria de la población adulta italiana durante el confinamiento de 2020.

El resultado de todo esto es que la pandemia ha acentuado las exclusiones preexistentes, a las que no se pudo hacer frente durante la situación de emergencia. Arraigadas en la sociedad italiana, las causas de este obstáculo se han visto reforzadas por la legislación actual. Debido al hecho que las leyes no solo son escasas, sino que no están redactadas para desmontar los principios fundamentales en los que se basa el prejudicio.

Además, el smartworking, durante el período de emergencia, se ha considerado como la opción óptima para conciliar el trabajo y la vida, pero, sin embargo,

17 1. "Durante la restricción de cierre en 2020, ¿alguien en su hogar hizo smartworking (trabajo a distancia) en casa?"; 2. "Durante la restricción de cierre de 2020 ¿quién se ocupaba del trabajo doméstico y/o de los niños en su hogar"

esta opción no favorece la "conciliación compartida. Y para el conjunto de las mujeres (independientemente de que trabajen en casa, en el lugar de trabajo o no trabajen, según la literatura existente) la carga de trabajo ha aumentado.

En cuanto a los hombres, aunque trabajen a distancia, en su mayoría, consiguieron ocuparse de sus propios hijos, mientras que las mujeres se ocupaban también de las tareas domésticas. Por ende, podemos concluir que los hombres están menos disponibles para compartir el trabajo, incluso en tiempos excepcionales. Desgraciadamente, esta conclusión no tiene un significado simplemente estadístico, sino una grande consecuencia en la elección profesional de las mujeres. Muy a menudo, la necesidad de conciliar trabajo y vida es la razón por la que las mujeres eligen condiciones de trabajo específicas (tiempo parcial o smartworking). De lo contrario, acaban renunciando a participar en el mercado laboral.

Subrayar los mecanismos que regentan las elecciones, por parte de las mujeres, del tipo de trabajo nos permite hacer algunas consideraciones. Durante las primeras fases de la emergencia del COVID-19 en Italia (marzo-junio de 2020), incluso en los sectores en los que el trabajo a distancia no es común, durante el confinamiento y después de la apertura parcial, la mayoría de las mujeres han elegido trabajar de esta manera. La llamada "porosidad" entre tiempo de vida y tiempo de trabajo ha dado lugar a una mezcla de trabajo y vida. Una nueva definición para un viejo vicio: la pérdida de límites entre la vida personal y el trabajo profesional se ha agravado durante la emergencia, especialmente tras el cierre de los colegios.

Ahora bien, las conjeturas teóricas y las pruebas empíricas (en las literaturas económica, jurídica, sociológica y de estudios de género), la creciente disponibilidad de datos y análisis estadísticos, contrastan con las intervenciones legislativas. Debido a ello, el legislador piensa que la cuestión de la conciliación puede resolverse introduciendo normas que ayuden al componente femenino de la población activa, sin tener en cuenta la complejidad que tiene el problema.

Si esta es la situación actual, hay que pensar en perspectiva y esperar que los cambios normativos que estén por llegar consigan concretar la meta. En primer lugar, y, independientemente de la emergencia pandémica, en 2022 acabará la posibilidad de adoptar la Directiva n.2019/1168 (que incluye normas sobre el equilibrio de la actividad profesional y las obligaciones familiares para padres y cuidadores, que suprime la Directiva 2010/18/UE del Consejo Europeo (19CE1769). Ahora bien, la directiva remonta al periodo prepandémico, e in-

corpora la huella de aquella época. El smartworking, por ejemplo, se cita como método para la gestión de la doble carga de trabajo y el texto normativo no lleva ninguna norma que proteja contra el peligro de la doble carga de trabajo. Tiene que subrayarse que, por otro lado, la Unión Europea en un documento político posterior (la Estrategia Europea para la Igualdad de Género 2020-2025), de forma muy explícita, advierte de estos riesgos.

De forma muy rotunda, entonces, se aclara que una única herramienta no puede ser del todo eficaz cuando son los prejuicios y los estereotipos que, en lo que se refiere a los cuidados y al trabajo doméstico, guían las elecciones de hombres y mujeres. Total, la ley tiene que enfrentarse a una nueva forma de abordar el problema.

De todas formas, la primera normativa tras el brote del COVID-19 no parece ir en esta dirección. Desde junio de 2020, se está debatiendo la propuesta de ley "Deleghe al Governo per il sostegno e la valorizzazione della famiglia", es decir, la Ley de la Familia. En realidad, la conexión entre los contenidos de la regulación normativa y la derrota de los estereotipos o prejuicios queda clara cuando leemos los artículos de esta ley que están relacionados con los permisos parentales, la flexibilidad y las condiciones de trabajo. Por ejemplo, el derecho al permiso de paternidad es de diez días, sin ninguna sanción en el caso que no se utilice; el permiso parental, en cambio, alcanza los dos meses[18].

Además, el artículo 5 de la Ley de la Familia, al armonizar tiempo de trabajo y de vida, preserva el modelo patriarcal de la sociedad. Su título "Delega al Governo per incentivare il lavoro femminile e l'armonizzazione dei tempi di vita e di lavoro" describe un modelo cultural típico y también el contenido ronda en la misma dirección. Es decir, las herramientas de conciliación que esta norma introduce tienen como objetivo que las mujeres aguanten mejor la doble carga de trabajo.

En definitiva, no son buenas premisas para superar la disparidad de género puesta de manifiesto por el Índice de Igualdad de Género de la UE en 2019 (63,3 en Italia frente a la media de la UE igual a 72,2). Y lo que necesitamos para aspirar a un reequilibrio de género es cambiar la mentalidad, también del legislador;

18 Scarponi, Alla gender equality serve più del Family Act, *InGenere,* 17-06-2020. https://www.ingenere.it/articoli/gender- equality-serve-piu-del-family-act

no pueden ser más viables las normas neutras o las acciones no integradas en un entorno general.

Por desgracia, esta frase es ideológica solo en apariencia. El "Forum Diseguaglianze e Diversità" (Foro sobre desigualdades y diversidad) en un documento muy reciente (17 de mayo de 2021) tras el "Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza" (PNRR, Programa Nacional de Recuperación y Resiliencia) argumenta que este programa carece de perspectiva y cambio cultural, caracteristicas fundamentales para garantizar un proceso de cambio efectivo[19]. De una evaluación global del PNRR se desprende que la mayoría de las intervenciones sobre la disparidad de género parecen estar desconectadas entre sí.

Por el contrario, el Gobierno italiano ha prometido el lanzamiento inmediato de una Estrategia nacional para la igualdad de género en el periodo 2021-2026 y esto podría consentir superar el límite que hemos indicado anteriormente.

Cabe preguntarse si los responsables políticos actuales son suficientemente sensibles. Y una respuesta negativa llega de los métodos de evaluación del impacto de género de las políticas contenidos en el texto del PNRR. Esto carece de tres elementos: evaluación ex-ante del problema, indicación de los objetivos previstos, vínculo efectivo con los proyectos[20]. Por lo tanto, es necesario aumentar la representatividad de las mujeres en el ámbito político, ya que el empoderamiento de las mujeres debe considerarse estratégico para razonar sobre estas cuestiones.

19 Forum Diseguaglianze e Diversità (2021), What do we think about the national recovery and resilience plan sent to the EU and "what can we do now?", 17 May 2021 https://www.forumdisuguaglianzediversita.org/wp- content/uploads/2021/05/COMMENT-TO-THE-ITALIAN-NRRP_FORUMDD.x96206.pdf

20 Cardinali, Caro Draghi, usciamo dall'impasse, *InGenere*, 12-02-2021. https://www.ingenere.it/articoli/caro-draghi- usciamo-da-impasse

EQUALITY AT WORK IN INDIA

BALWINDER KAUR

Assistant Professor at Hidyatullah National Law University, Nava Raipur, Chhattisgarh. (India).

ABSTRACT: Out of 144 countries of the world, India ranks 135 when it comes to women's labour force participation.[1] Women's participation is going down day by day. As per the year 2018-19 the Periodic Labour Force Survey (PLFS) of the National Sample Survey Office (NSSO) the estimates display a borderline upgrading in participation percentage for rural women (up from 18.2 percent in 2017-18 to 19.7 percent in 2018-19). There is an improvement even in the case of Urban female labour force participation rates from 15.9 to 16.1 percent.[2] This data gives relief from the reducing female labour force participation in the Indian economy, especially in rural areas. But what is astonishing that female participation is now much lower than immediately after Independence.[3] In India, very few percentages of women are employed. The two major milestones achieved by India in 2017 are (i) India is measured as the fastest-growing economy in the world. Since 2011-12 India has the growth rates above 7 percent. The second major setback for India was the decline in female labour force participation and employment levels. The participation of females and employment level cut down to their lowest levels since Independence.[4]The pandemic has worsened the situation. Women are the victim of the early lockdown. According to CMIE data between March-April 2020, around 26.6 percent of the female workforce, thrown out of the labour force as compared to 13.4 percent of men. The female labour force in December 2020 continued to be 14 per cent lower than December 2019 as compared to one per cent of men.[5] It is a fact that in India men consider as the main earning member of a household, women are unlikely to agree with the poor quality jobs. The Indian female faces inequality on the wage gap, unpaid care work, leadership positions, and on other grounds. India is a developing country. The Indian Constitution guarantees gender equality in the workplace. The Constitution promises equality to all persons within India; it also forbids discrimination by the state on the ground of sex. India's Eleventh Five Year Plan identifies women not just as equal citizens but treat them as agents of social-economic development and suggests many policies for gender equality.[6] India's draft on national employment policy has a special chapter on women workers.[7] India is a founding member of the International Labour Organization. Equality for women and men in the work is the core focus of the ILO. The 2009 International Labour Conference reaffirmed ILO's commitment to equality between women and men in the work as it is supported by the

1 Global Gender Gap Report available at https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/WEF_GGGR_2020.pdf visited on 12.2.21

2 *Data from published reports of NSSO's employment-unemployment surveys (EUS) and Annual Reports of PLFS by Ministry of Statistics and Programme Implementation (MOSPI)*

3 IWWage 'How has India's female labour force fared since Independence?' Available at https://iwwage.org/how-has-indias-female-labour-force-fared-since-independence/ retrieved on 6.7.21.

4 The Financial Express 'Unseen reasons for the fall in women's labour force participation in India' *By Mitali Nikore, March 02, 2021 1:32 PM.*

5 Available at https://www.cmie.com/kommon/bin/sr.php?kall=warticle&dt=20201214124829&msec=703&ver=pf retrieved on 6.7.21

6 Available at https://niti.gov.in/planningcommission.gov.in/docs/aboutus/committee/wrkgrp12/wcd/wgrep_women.pdf accessed on 15.1.21

7 https://www.niti.gov.in/niti/content/national-employment-policy-india-perspective accessed on 13.2.21

2008 Declaration on social justice for globalization.[8] India is conscious of gender equality and it has ratified ILO Conventions which is towards gender equality.[9] Understanding gender in the Indian context has been a difficult task because of social structure. The paper is an attempt to capture gender inequality in the workplace and various issues and challenges faced by women. Further, the paper highlights the various national and international frameworks and support systems to empower women. The last part of the paper includes a suggestion to overcome gender inequality at work.

KEYWORDS: Equality, Gender- discrimination, workplace, working-woman, society.

1. INTRODUCTION

Gender inequality means when there are disparities between two individuals because of Gender. This practice is not new, India has witnessed it's for a long because of its socio-economic and religious practiced. According to the World Economic forum's 2020 on Global Gender Gap Index India ranks 112th out of 153 countries.[10]It is noted that studies on gender issues in India are not having a long history. It was in the 1970s the Research Centre for Women Studies was started in SNDT Women's University, Mumbai. This resulted in women's movements and their struggle for gender equality. Gender discrimination starts before a girl is born in India. The girls are considered to be a burden. They do not reach to education and health care professions in contrast to the men. According to the 2021 report of LinkedIn Opportunity Index 2021, it is the larger number of women who have practiced the influence of gender on their career growth in India as compared to the APAC region.[11] In the UN Gender Inequality Index India was ranked below several sub -Saharan African countries.[12]

8 https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/mission-and-objectives/WCMS_099766/lang--en/index.htm accessed on 15.1.21

9 Available at https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@normes/documents/publication/wcms_088023.pdf visited on 14.1.21

10 Global Gender Gap Report available at https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/WEF_GGGR_2020.pdf visited on 12.2.21

11 The Economics Times '85% of women in India have missed out on a raise, promotion because of their gender: LinkedIn Opportunity Index 2021', By Sreeradha Basu ET BureauLast Updated: Mar 02, 2021, 09:44 AM IST Available at:https://economictimes.indiatimes.com/jobs/85-of-women-in-india-have-missed-out-on-a-raise-promotion-because-of-their-gender-linkedin-opportunity-indedex 2021/articleshow/81286630.cms?utm_source=contentofinterest&utm_medium=text&utm_campaign=cppst
Visited at 21.6.21

12 Indicators for Gender Equality and Women's Empowerment – An Introduction, available at https://www.oecd.org/dac/gender-development/43041409.pdf visited on 2.7.21

2. CONCEPT OF GENDER

Before we discuss Gender inequality in context with India it's pertinent to know what does the term 'Gender' means? Scholars have defined this term in their ways and creating a lot of confusion. Generally, gender and sex are interrelated but both have two different meanings. Lorber's work (1994) gives the conceptual aspects of gender it means "The gender is commonly described as the way the society is organized rather than just as an attribute of individuals. Whether the difference between men and women are biologically or socially governed is less important than the way the society is generally organized around those differences within this perspective, gender is viewed as a set of social and cultural practices that affect the lives of men and women in every society. Because culture helps to construct gender and it differs greatly from one society to another."

3. GENDER INEQUALITY

As defined by the Merriam-Webster dictionary (n.d.), "Inequality in its most basic sense refers to the quality of being uneven or unequal. This can be highlighted in instances of social disparity, the disparity in the distribution of opportunities. Inequality occurs in various areas of life about the economy, society, race, gender, etc."[13] According to the European Institute of Gender Inequality (2004), "Gender inequality refers to legal, social and cultural situation in which sex and/or gender determine different rights and dignity for women and men, which are reflected in their unequal access to or enjoyment of rights, as well as the assumption of stereotyped social and cultural roles."

India has been recognized as the fastest-growing large economy in the world[14] and it is expected to develop as the fifth-largest economy in the world[15] by 2020. Despite this India's economic growth is damaged by prevalent gender discrimination, exploitation, and societal pattern that underestimate female's roles in the social order and the labor force. Gender disparity is one of the reasons in India barring women from inflowing in the recognized labor force, and

13 Available at https://www.merriam-webster.com/ retrieved on 7.7.21

14 World Economic Forum 'These are the world's fastest-growing economies in 2017' by Alex Gray, 09 Jun 2017.Avialable at https://www.weforum.org/agenda/2017/06/these-are-the-world-s-fastest-growing-economies-in-2017-2/ visited on 6.7.21.

15 The Economics Times, 'India to become 5th largest economy in 2025, 3rd largest by 2030', PTI Last Updated: Dec 26, 2020, 01:10 PM IST.

worries of exploitation are keeping females out of the workforce[16]. In recent years India's female employment rate has dropped. It has dropped from the low rate of 35% in 2005 to 26% today.[17] The concept of gender parity had emphasized by the United Nations Charter in the year 1945. [18]Even the United Nations Declaration of Human rights in the year 1948 recognized gender parity and took initiatives. In the year 1975, the first time United Nations of Conference of Women and Development took place in the city of Mexico. The slogan of this Conference was 'Equality, Development, and Peace'. In 1995 Beijing Conference, was held. The main outline was for women's empowerment and considered the key comprehensive strategy document on gender parity. The conference outlined planned aims and activities for the development of females and the accomplishment of gender parity. The purpose of the Conference remained to integrate females into the growth process. [19]

4. WORK

The labor force participation of women is low23.6 percent as opposed to 78.6 percent in men.[20] The division of labor in India appears to be based on sex. Women's position is not good. Globally, the women face a two-fold responsibility for doing household work in the home, such as child-rearing, cleaning, cooking, and working outside the home. Globally, female is less probable to work in the organized sector then compared to men. Women are expected to be employed mainly in the unorganized sector. A large number of female workers in India are involved either in agriculture and traditional rural industries or service occupations. Mainly women's primary focus is on her family and home. The women's participation in work depends upon few factors such as her needs, and the kinds of employment available, this is one of the reasons the framers of the Constitution included parity of status and opportunity in employment for all persons. According to gender statistics,[21] India has the worst gender gap in the

16 The Economics of Gender Equality in India, available at https://www.bloomberg.com/news/features/2018-05-28/sexual-violence-is-holding-back-the-rise-of-india retrieved on 6.7.21

17 The Economist 'Why India needs women to work' Jul 5th 2018.

18 Available at https://www.history.com/this-day-in-history/u-n-charter-signed retrieved on 8.7.21.

19 UN WOMEN 'World Conferences on Women' available at https://www.unwomen.org/en/how-we-work/intergovernmental-support/world-conferences-on-women retrieved on 8.7.21.

20 International Labour Organisation, InfoStories, Published in December 2017 · Updated in March 2018.Available at https://www.ilo.org/infostories/en-GB/Stories/Employment/barriers-women#intro visited on 2.7.21.

21 Available at https://www.weforum.org/reports/gender-gap-2020-report-100-years-pay-equality

developing world. India has the lowest female labor force participation in the world. Most of the working women are in the unorganized sector or irregular work. According to International Labour Organisation, this employment group is known as "vulnerable employment", this sector was demolished during the pandemic. Many women exist in the labor market. The World Bank researcher suggested that the Covid-19 pandemic will push around 12 million Indians into poverty. Women would be over-represented among the new poor. This will affect household food security and the well-being of small and adolescents children.[22]The impact of the pandemic widens the gender inequalities in the case of access to healthcare. The government data shows that 55 percent of women are not having access to health services.[23] The study depicts that in India about one-third of families have only one member covered under health insurance schemes, which showcases a gender prejudice.[24]Women were excluded from the health system. It is evident that parents invest first in and maximum in boys than in girls, which increases gender inequalities.[25] The social biases are evident, we often ignore them because such behavior has prevalent in our social order for so long that it is now treated as normal.

According to the report of McKinsey & Company, it finds that the female workers in India contribute 18 percent to its GDP. It figures out in India a mere 25 percent of the female are indulging in the total workforce. Regrettably, the women's GDP involvement is far below the worldwide average of 37 percent.[26] The incidents of exploitation of unorganized sector workers are very common. The National Commission on Self-Employed Women in its report found that the majority of rural women in the unorganized sector work in the farms are involved in food production forestry, looks after their animals. Some of them work in construction work, works in mines, and engage in trade and fending. In addition to this, they have the burden of bearing and rearing children, fetching

visited at 26.06.21

22 Available at https://blogs.worldbank.org/opendata/impact-covid-19-coronavirus-global-poverty-why-sub-saharan-africa-might-be-region-hardest visited on 26.06.21

23 Report on National Family Health Survey (Nfhs-4) 2015-16, available at http://rchiips.org/NFHS/NFHS-4Reports/India.pdf visited on 26.6.21.

24 Scroll-in 'There's a glaring inequality between health insurance benefits given to men and women,' *Oommen C Kurien, qz.com,* Jul 12, 2016 · 07:30 pm

25 American Economic Association 'Child Gender and Parental Investments in India: Are Boys and Girls Treated Differently' Silvia Helena Barcellos, Leandro S. Carvalho, Adriana Lleras-Muney, American Economic Journal:Applied Economics Vol.6,No 1, January 2014.

26 MGI India parity Full report November 2015.ashx.

water gathering firewood, and cooking which is time-consuming.[27] In India, the incidents of exploitation of women workers are very common. The National Commission on Self-Employed Women pointed out that females work for stretched hours and contribute significantly to the family income, they are not considered as workers. The employers ignore to recognize the multitasking role of women which comprises their creative and generative labor. Women are quite often the main earners for their families, sometimes this goes unrecognized.'[28]As per the 1971 census work is divided into paid and unpaid, primary and secondary. Unpaid workers are generally engaged in secondary work and they are not considered as economically active. This segregation underestimates the number of women workers. In addition to this the Census of India,1981 exclude domestic work and unpaid economic work from the definition of work. Further, it is observed that a woman works from dawn to dusk. She earns a small income from it. In 'manpower planning statistics it is not considered as employment and she does not get a status as a worker. It is the women who generally increased the income of the poor household by working, but statistics do not recognize it. The question arises why does women's work go unaccounted, unrecognized, and unaccepted? The explanation is given by a different section of people that many of the activities performed by women lack official visibility in statistics. Women dominate the informal sector. Unfortunately, many of the activities in the informal sector are not quantified because they are considered to be an extension of family and domestic functions.[29]Gender inequality in the workplace is deep-rooted. Working women across the globe face including juggling work and family responsibilities, unequal wage and sexism at the workplace, and unsafe work environments. Even in many cases, women are economically active there is no acknowledgment of their status as workers. The women's work is seen as an extension of housework and they are treated as supplementary earners.[30]There are several studies on gender wage discrimination in India. According to Madeshwaran and Attewell (2007), it was pointed out that "occupational discrimination was more pronounced than wage discrimination among workers in the

27 Report of the National Commission on Self-Employed Women and Women in the informal Sector 1989 Sharm Shakti, New Delhi: Ministry of Women and Child Welfare.

28 Humanities and Social Sciences Communication, 'Unfolding unpaid domestic work in India: women's constraints, choices, and career'Pushpendra Singh & Falguni Pattanaik.

29 Patel, Vibhati.1989. 'Visibility of Women in Statics and Indicators: Changing Perspective'. Paper Presented at National Workshop, SNDT, Bombay.

30 Patel, Vibhati.1989. 'Visibility of Women in Statics and Indicators: Changing Perspective'. Paper Presented at National Workshop, SNDT, Bombay.

scheduled tribe (ST) and scheduled caste (SC) social groups."[31] In his study Das et al (2009), with the help of data from National Sample Survey (NSS) domestic investigations, detected that as far as the position of women of all age groups is concerned there had been no development in the Indian market since 1990.[32] It was noted that economic liberalism policy unable to shrink gender parity in private and public areas of work.[33]It is seen that most women grieve in silence in a male-controlled society. They are destitute of personal liberty and assured by rulebooks prepared by the males.

The Covid-19 pandemic has unreasonably affected working women. According to the analysis led by Mckinsey Global Institute in the year 2020, it shows that "women are more vulnerable and susceptible to COVID-19-related economic effects because of the already existing gender inequalities. Using the unemployment data, trends and surveys in the United States and India, the study estimates that female job loss rates owing to COVID-19 are about 1.8 times higher than the male job loss rates globally, at 5.7% versus 3.1%, respectively."[34]According to the Centre for Monitoring Indian Economy, " the labor participation rate for women which was already low has withered even further after the pandemic to 11% compared to 71% for men. In India, where inequalities against women are naturally practiced, the inequality has only worsened due to the lockdown imposed by the government to contain the COVID-19 outbreak."[35] According to Priti Jha & Niti Nagar, (2015)[36] " the gender inequality that exists among every region, social class, which prevents the growth of Indian economy from improving the lives of Indian people. The

31 Madheswaran S and Paul Attewell (2007): "Caste Discrimination in the Indian Urban Labour Market: Evidence from the National Sample Survey", Economic & Political Weekly (India), 13 October, 4146-53

32 Das, P, Dasgupta B and P K Biswas (2009): "Gender and Labour: Post-reform Scenario in India" in M K Sanyal et a! (ed.), Post-Reform Development in Asia - Essays for Amiya Kumar Bagchi (Hyderabad: Orient Blacks wan).

33 Das s, P (2012): "Wage Inequality in India: Decom position by Sector, Gender and Activity Status us", Economic & Political Weekly, 47(50), PP 58-64.

34 Available at https://www.empowerwomen.org/en/resources/documents/2020/07/covid-19-and-gender-equality-countering-the-regressive-effects?lang=en visited on 29.6.21. (*COVID-19 and gender equality: Countering the regressive effects,* conducted by McKinsey Global Institute in the year 2020,)

35 The Times of India 'Covid-19 aggravates gender inequality – Burning at the stake are women', March 22, 2021, 8:51 PM IST Dr. Soumitro Chakraborty in Voices, India, TOI

36 The International Journal of INDIAN PHYSCOLOGY ' A Study of Gender Inequality in India', by Priti Jha, Niti Nagar, Published: June 25, 2015.

reality of gender inequality in India is very complex and diversified because it exists in every field like education, employment opportunities, income, health, cultural issues, social issues, economic issues, etc." Dr. (Smt.) Rajeshwari M. Shettar,(2015) [37]analyzes the status of Women's Empowerment in India and pointed the matters and challenges of Women's Empowerment. The study detects how women become victimized by various social evils in daily life and discloses that Indian women are neglected and have a lower position than that men despite many initiatives undertaken by Government. G. ArunaDevi, (2016), her research work highlights that women are the most rising and impressive entrepreneurs today in a male-dominated society and discusses the problem in the base for a starting business enterprise, day-to-day problems of their businesses.

5. CONSTITUTIONAL PROVISIONS

The feeling of inequality had sunk deep into the consciousness of the people of India during the colonial era. Therefore, the main responsibilities before the framers of the Constitution were to guarantee equality of status and opportunity for all and to provide a basis for ultimately a classless society. The drafters of the constitution achieve these objectives by incorporating a set of fundamental principles in the Constitution.

The following provisions of the Indian Constitution safeguard women's rights:

- Article 14 of the Constitution states Equality before law for women;[38]
- Article 15(1) ensures that the State shall not discriminate against any citizen on grounds of religion, race, caste, sex, place of birth, or any of them;[39]
- Article 15 (3) State to make special provision in favor of women and children; [40]

37 Dr. (Smt.) Rajeshwari M. Shettar, 'A Study on Issues and Challenges of Women Empowerment in India.' IOSR Journal of Business and Management (IOSR-JBM) e-ISSN: 2278-487X, p-ISSN: 2319-7668. Volume 17, Issue 4.Ver. I (Apr. 2015), PP 13-19

38 Article 14 of the Indian Constitution.

39 Article 15(1) of the Indian Constitution.

40 Article 15 (3) of the Indian Constitution.

- Article 16 provides Equality of opportunity for all citizens in matters relating to employment or appointment to any office under the State;[41]
- Article 39 (a) ensures that State direct its policy towards securing for men and women equally, the right to an adequate means of livelihood;[42]
- Article 39 (d)Equal pay for equal work for both men and women;[43]
- Article 39 A states that to promote justice, on a basis of equal opportunity and to provide free legal aid by suitable legislation or scheme or in any other way to ensure that opportunities for securing justice are not denied to any citizen because of economic or other disabilities; [44]
- Article 42 ensures State to make provision for securing just and humane conditions of work and for maternity relief; [45]
- Article 46 ensures that the State promote with special care the educational and economic interests of the weaker sections of the people and to protect them from social injustice and all forms of exploitation ;[46]
- Article 47 provides the State to raise the level of nutrition and the standard of living of its people and the improvement of public health;[47]
- Article 51 (A) (e) provides To promote harmony and the spirit of common brotherhood amongst all the people of India and to renounce practices derogatory to the dignity of women; Apart from that, those seats are reserved for a marginalized group.[48]

41 Article 16 of the Indian Constitution.
42 Article 39 (a) of the Indian Constitution.
43 Article 39 (d)of the Indian Constitution.
44 Article 39 A of the Indian Constitution.
45 Article 42 of the Indian Constitution.
46 Article 46 of the Indian Constitution.
47 Article 47of the Indian Constitution.
48 Article 51 (A) (e) of the Indian Constitution.

6. POLICY FRAMEWORK AND OTHER SUPPORT SYSTEM

The connection between economic growth and inequalities between men and women has become one of the most discussed subjects in policymaking arenas. The World Bank, accepted that ''economic growth has proved a slow instrument of change in the status of women there is need of public policies that may have an important role to play in breaking down institutional and cultural mechanisms of discrimination against women.[49]During the first Five Year Plan[50](1951-56) the government noted the position of women in society. The government took initiative and the needs of women were merged with the disadvantaged, weaker, and handicapped sections who needed community aid. It was during this period welfare-oriented schemes towards women initiated. These schemes were related to maternity and child care health, family planning schools, and women's education were introduced. Then in Second Five Year Plan [51]brought a comprehensive social welfare program and social legislation. The aim of this plan to carry forward and quicken the process of development initiated in the first plan period. It was noted that till the end of the Fifth Plan the welfare-oriented schemes continued. there were only three specific schemes related to women as follows:

a. The condensed course of Education for women who cannot attend the regular schools.

b. Short Stay Homes for sexually abused women; and

c. Working Girl's Hostel.

The Committee on the Status of Women in India was set up in 1971 to analyze the progress of Five Year Plans it reported that dynamics of development had badly affected a maximum number of women and generated new imbalances and disparities. In the Fifth Year Plan, the women were not seen as productive activities or in terms of their roles in productive activities. It was the International Women's Year 1975 which mandated to report on the various dimension of women's development. The Sixth Five Year Plan[52] (1980-85) after

49 World Bank, World Development Report 1995: Workers in an Integrating World (New York: Oxford University Press, 1995), p. 44.

50 Five Year Plans, Planning Commission, Government of India available at http://planning commission.nic.in/plans/planrel /fiveyr/ist/welcome.html/

51 Second Five Year Plans, Planning Commission, Government of India available at http://planning commission.nic.in/plans/planrel /fiveyr/2nd/welcome.html/

52 Sixth Five Year Plan 1980-85, available at https://niti.gov.in/planningcommission.gov.in/docs/

the recommendation of the report of CSWI incorporated a separate chapter on women's development focusing on various areas of social and economical development. The Ninth Five Year Plan (1997-2002) acknowledged the importance of addressing women as agents of change and as per of strategies to achieve the objectives of empowerment.[53]The tenth Five Year Plan laid stress on the empowerment of women. It was during this plan emphasis was given on gender justice this plan was committed to eliminating all forms of gender discrimination. To achieve gender justice the plan focused on certain measures and strategies. To combat the challenges for gender equality and roadmap for the eleventh five-year plan, a five-four agenda was formulated. The purpose of this plan is to strengthening women-related legislation, institutional mechanisms and empowering women. Like the previous five-year plan the twelfth five-year plan (2012-17) has large vision priorities and strategies.

To address the women issues and they should get benefits a special mechanism of monitoring 27 beneficiary-oriented schemes were implemented in 1986. Various women-related policies are as follows:

1. The National Policy on Education-This policy was announced in 1986 and ensures basic education for all.
2. The National Agriculture Policy-It is announced in 2000 and the main objective was to mainstream the gender concerns in agriculture.
3. The National Nutrition Policy-This policy emphasis on a comprehensive strategy for eradicating the under/malnutrition for all section of society with special priority for women.
4. The National Policy for Empowerment of Women- The Policy was announced in the year 2001. The policy was focused on the advancement, development, and empowerment of women.
5. The Draft National Health Policy 2001-this policy guarantees access to women to basic health care.
6. The National Population Policy-The NEPP2000 calls for the empowerment of women for health and nutrition.

plans/planrel/fiveyr/6th/6planapp.html retrieved on 7.7.21.

53 Ninth Five Year Plan 1997-2002,Vol.II, Thematic issues and Sectoral Programmes in Sarala Gopalan toward equality-The Unfinished Agenda-Status of Women in India -2001,National Commission on Women at 18(2002).

In addition to this a large number of programs and schemes for the welfare and development of women, girls, and children were implemented by the Government of India and State Governments such as Support to training and Employment Programme for Women (STEP), Setting Up of Employment-cum-Income Generating Units for Women (NORAD), Indira Mahaila Yojana and many more for their uplift man. On 31st January 1992 to safeguard the interests of women in India the National Commission for women was established.[54]

7. INTERNATIONAL EFFORTS

In 1979 The United Nations Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination against Women was adopted. It covered the right to vote, equality in education, political participation, employment, healthcare as well as economic and social rights. In 1995, at the Fourth World Conference on Women in Beijing, United Nations Secretary-General Boutrous Boutrous Ghali had said that "violence against women is a universal problem. The conference highlighted that in all societies many women and girls are subjected to physical and psychological abuse and remedial action needs to be taken at the national level."As far as the United Nations declarations are concerned, they are not enforceable by law, they do shape public opinion and many states have taken steps to include them at the national level. India is conscious of gender equality and it has ratified ILO Conventions which is towards gender equality.[55] The main Conventions are as follows:

1. Convention No. 100, Equal Remuneration, (ratification:1958);
2. Convention No. 111, Discrimination (Employment and Occupation), 1958(ratification: 1960).
3. Convention No.89, Night Work (Women) Revised,1948;
4. Convention No. 4, Night Work (Women) Convention, 1919;
5. Convention No. 45, Underground Work (Women), 1935;
6. Convention No.89, Night Work (Women) Revised,1948;
7. Convention No. 41, Night Work (Women) (Revised), 1934.

54 National Commission for Women available at http://ncw.nic.in/brief_history.htm.Visited on 29.06.21.

55 https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@normes/documents/publication/wcms_088023.pdf

Sex is an unchallengeable characteristic determined mainly by the birth. The burden of any incapacities or denial of any rights based on this is against the system of nature as also against the system of any civilized society.[56] Under a variety of behaviors and situations, the concept of gender injustice, gender inequality, and discrimination, which are violative of basic Human Rights may be highlighted. Despite various international conventions and treaties recognizing equal rights for women, as a basic human right and the same has been incorporated in The Constitution of India, yet gender justice is far from reality.

8. SUGGESTIONS & CONCLUSION

India can increase its income if females joined the workforce in equal measure. For this, we have to alter our old and old-fashioned social patterns. Women should be given Education and Employment opportunities on par with men. They shall be represented equally in all well-paying sectors. The main reason for prejudice against females arises from the market being male-controlled and dominated. The Directive Principles of State Policy are articulated in Part-IV of the Constitution, though non-justiciable, impose an obligation on the state to take positive action in certain directions towards the welfare of the people and are fundamental in the governance of the country. Some of them are "women-specific" while some are indirectly concerned with women. The International Labour Organisation had completed more than 100 years. The ILO had recognized the rights of women in the workplace. It's the time the Government shall bring such a policy where the employer gives female preferences in jobs. The employer shall have a pay-parity clause and do not differentiate based on gender.

56 Sharron A. Frotiero V.Elliot L.Richardson ,36 L.ED.2d 583(1973).

SOBRE LOS EFECTOS DE LA INDUSTRIA 4.0 EN EL TRABAJO: REFLEXIONES DESDE LA PERSPECTIVA DE LA BRECHA DIGITAL DE GÉNERO

DIEGO MEGINO FERNÁNDEZ

Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad de Burgos. Especializado en industria 4.0, negociación colectiva e igualdad de género. Autor de múltiples trabajos científicos sobre digitalización, industria 4.0, igualdad de género, negociación colectiva o empleabilidad juvenil. Miembro de la Unidad de Investigación Consolidada (número de registro UIC 198), reconocida por la Dirección General de Universidades e Investigación de la Junta de Castilla y León.

ABSTRACT: Along with a hypothetical technological unemployment, one of the most adverse effects associated with the phenomenon of "industry 4.0" is the presumed segmentation of the labor market, as a consequence of the gap that will rise up between those who have and those who lack the necessary skills to face the challenges of contemporary (and future) employment. Even, the phenomenon can be intensified by the results derived from COVID-19, whose severe negative impact on the world of work is unquestionable. Now, the study of the digital gender gap acquires a renewed interest, because current circumstances can lead to a greater widening of the already differences between the possibilities and trajectories of women and men within productive environments.

KEYWORDS: industry 4.0, gender digital gap, COVID-19.

1. INTRODUCCIÓN

Desde hace tiempo, entre los especialistas se ha extendido el sentir generalizado de que la sociedad contemporánea se encuentra inmersa en una nueva revolución industrial, cuyo rasgo más señero (además, quizás, de su capacidad para afectar los diferentes órdenes de la vida) radica en la centralidad adquirida por la automatización, la conectividad y la innovación, convertidas en «los tres principales vectores del cambio» (CES, 2018, p. 85). Evidentemente, se está haciendo referencia al fenómeno de la «industria 4.0», el cual adopta la forma de una concatenación de oleadas sucesivas dentro de un «proceso complejo, no lineal, [y] progresivo» (OIT, 2016, p. 2).

Dados los parámetros concretos dentro de los cuales debe moverse la presente contribución, que impiden profundizar sobre determinadas cuestiones, no es este ni el momento ni el lugar para glosar todas sus características. Otros muchos (y meritorios) estudios pueden ser consultados por las personas interesadas. No obstante, como punto de partida para el desarrollo del tema aquí tratado, interesa comenzar la exposición dejando constancia del siguiente hecho relevante: la inusitada magnitud y rapidez de los cambios generados por el fenómeno, responsables de «modificaciones de una intensidad nunca experimentada con anterioridad» (Raso, 2018, pp. 14 y 15).

De entre todos ellos, uno despunta con claridad, a saber, su potencial «efecto disruptivo» sobre el empleo, circunstancia esta que, además, se ve acentuada por

el complejo contexto dentro del cual tiene lugar, marcado por la globalización de la economía, la deslocalización de las actividades (desde naciones desarrolladas a otras todavía emergentes) o la creciente competitividad en los mercados; y sin olvidar tampoco la, también hoy concurrente, «situación de crisis económica, financiera, demográfica y, en general, de escasez de trabajo asalariado y de empleo formal» (Sierra, 2017, p. 134).

Abundantes resultan las reflexiones y valoraciones acerca de las profundas transformaciones e incertidumbres aparejadas a la anterior eventualidad. Es el caso, por ejemplo, de las que tienen que ver con las sustanciales modificaciones que día a día experimentan los contenidos de los puestos de trabajo, las posibles consecuencias sobre los sistemas de protección social o, por cuanto aquí más interesa, el riesgo cierto de que se acentúe la brecha digital entre territorios y, particularmente, personas (Rocha, 2017, p. 261). Más aún ante la amplificación extrema en la flexibilidad de las condiciones laborales (Frey y Osborne, 2013, p. 44) y la vaticinada amenaza de desempleo tecnológico [si bien es cierto que, a este respecto, las posiciones oscilan entre quienes adoptan una actitud optimista, superponiendo los nuevos empleos y oportunidades que han de surgir, con un presumible saldo neto positivo respecto de los cometidos llamados a desaparecer (OIT, 2016, p. 6), y los que, en cambio, se muestran más desesperanzados, pues no ven forma de compensar la masiva destrucción de puestos de trabajo en ciernes (CES, 2017, p. 19; o Instituto Cuatrecasas de Estrategia Legal en RRHH, 2018, p. 20)].

Sea como fuere, si una secuela se da prácticamente por segura ante la amplia evidencia empírica existente esta es la futura polarización de la fuerza de trabajo, en términos tanto de cualificaciones como de ingresos asociados a sus singulares desempeños. Se espera un futuro con «una estructura bipolar […] entre una élite económica y profesional vinculada al desarrollo tecnológico de la economía y una masa de personas que trabajan sin consideración profesional y con salarios míseros» (Alternativas Económicas, 2018, p. 150). Eventualidad que, además, irá acompañada de una significativa merma en el peso de las ocupaciones intermedias.

Si no se pone remedio a todo ello, dado que día a día los procesos productivos y de prestación de servicios requieren de «unas exigencias diferentes, más evolucionadas» (Aguilar, 2020, p. 98), al final se producirá un agudo incremento de «las distancias económicas y sociales entre quienes dominen los conocimientos en los nuevos sistemas productivos y aquellos trabajadores que [en contrapo-

sición] no tienen posibilidades reales de salir de su condición de exclusión y pobreza» (Raso, 2018, p. 33). Por desgracia, estos últimos verán seriamente amenazada su «empleabilidad y […] prosperidad» (Comisión Europea, 2016a, p. 2).

A gruesos trazos, parece evidente que con estos mimbres las competencias digitales [en conjunción, dicho sea de paso, con las «transferibles» (Comisión Europea, 2016b, p. 5), entre las que se encuentran, por ejemplo, la creatividad, la imaginación, las habilidades sociales y de comunicación o la capacidad de pensamiento y razonamiento abstracto y aplicado] atesoran un destacado protagonismo, al punto de haberse «convertido en la divisa global del siglo XXI» a efectos de la manida empleabilidad (OCDE, 2013, p. 10). Por eso, no extraña la apremiante llamada dirigida a los gobiernos para que presten una atención especial a los «grupos específicos que estén en el lado desfavorable de la brecha digital» (Jalil, 2018, p. 176), propicien la reconversión de quienes estén empleados en los sectores más afectados por la automatización de las tareas, pongan en marcha programas de alfabetización digital o, en fin, prioricen las acciones de aprendizaje y formación profesional con las que facilitar la adaptación de las personas trabajadoras a los cambios tecnológicos (Parlamento Europeo, 2019, p. 6).

Requerimiento de forzosa cristalización en un país como España, donde resulta evidente que «no estamos en absoluto preparados en materia de formación para la que se avecina con el progreso de la digitalización» (Rodríguez, 2017, p. 3), ni se encuentra tan asentado el principio de «aprender y seguir aprendiendo de manera constante para prosperar» (Comisión Europea, 2020a, p. 3).

2. ACERCA DE LA BRECHA DIGITAL DE GÉNERO EN LOS ENTORNOS LABORALES

Sin duda, la igualdad efectiva entre las personas trabajadoras, con independencia de su sexo, merece todavía hoy una particular atención. No en vano, el mercado laboral sigue adoleciendo de una serie de disfunciones que evidencian la peor condición de la mano de obra femenina (si es comparada con la masculina). Por lo común, las mujeres trabajadoras muestran unas menores tasas de actividad, unos mayores índices de desempleo y de actividades no declaradas e invisibles, unos elevados niveles de parcialidad y de eventualidad no deseados, y un considerable grado de sobrecualificación y subutilización de sus capacidades.

En razón a lo expuesto, las políticas y las acciones de los poderes públicos tienden a articularse teniendo siempre presente una perspectiva transversal de

género. Al fin y al cabo, toda vez que la desigualdad por razón del sexo «está muy generalizada, no es posible abordarla por separado sino en relación con todas y cada una de las facetas del problema del empleo» (Oficina Internacional del Trabajo, 1999, s./p.). Ciertamente, el esfuerzo merece la pena, pues «el aumento [cuantitativo y cualitativo, cabría añadir] de la participación de las mujeres en el mercado de trabajo tiene un fuerte efecto positivo en la economía, especialmente en el contexto de la disminución de la población activa y la escasez de personal cualificado» (Comisión Europea, 2020b, p. 7).

Sin embargo, no se ha de ocultar que la empresa continúa siendo ardua. Todavía hoy, el de las empleadas sigue siendo uno de los colectivos que ha de afrontar mayores barreras y cortapisas (peores incluso si a la ecuación se unen otras circunstancias como la edad, la situación de discapacidad, la nacionalidad, etc.) a la hora de acceder, mantenerse, progresar o reincorporarse al mercado laboral. Supone un blanco predilecto para el trabajo precario, aun cuando, curiosamente, las mujeres acreditan en la actualidad un nivel medio de educación más elevado en la mayoría de los Estados miembros (Eurostat, 2019, pp. 5 y ss.), en ninguno de los cuales, sin embargo, se «ha alcanzado aún la plena igualdad de género» (Comisión Europea, 2020b, p. 1).

En este sentido, y siquiera sea por la intensa atención recibida, de entre todas las desventajas experimentadas, una de la más expresivas es la que tiene que ver con el notorio distanciamiento entre sexos en materia retributiva (salario medio percibido), tanto en términos generales (dentro del mercado) como específicos (respecto de ocupaciones concretas), fruto no tanto de hipotéticas y censurables distinciones (manifiestas o latentes), como de agentes exógenos de muy variada morfología, entre los que es menester reseñar la difícil y tardía incorporación de la mujer al mundo laboral, quedando por lo usual relegada a ocupaciones de carácter temporal o con jornadas inferiores; las interrupciones en su carrera profesional por motivos relacionados con la maternidad o las decisiones a favor de la familia; o las tan características segregaciones vertical (escasa participación en los puestos directivos) y horizontal (concentración en cometidos con remuneraciones limitadas, de baja productividad y feminizados en la hostelería, la administración pública, la educación, la sanidad o los servicios sociales).

Se quiera ver o no, dicha arraigada «discriminación múltiple» trae consigo derivadas de un formidable calado, por encima incluso de la simple inequidad en el mundo laboral. Ahí está, por ejemplo, el hecho de servir de simiente para la

pobreza extendida entre ciertos colectivos de mujeres, en particular, las mayores, las madres solteras, las víctimas de violencia de género, las que padecen algún tipo de discapacidad, las inmigrantes, las refugiadas, las solicitantes de asilo o las pertenecientes a minorías. A este respecto, no cae en saco roto recordar que la discriminación «se caracteriza por que el factor de diferenciación toma en consideración condiciones […] que históricamente han estado ligadas a formas de opresión o segregación de determinados grupos de personas» (Aragón, 2017, pp. 1 y 2).

A mayor abundamiento, aun cuando circunstancias como la transformación estructural de las economías, los cambios demográficos o las nuevas fórmulas de concebir el tiempo de trabajo han afectado tanto a hombres como a mujeres, sin duda estas últimas son más vulnerables ante una realidad laboral que tiende a empujar a la mano de obra femenina hacia ámbitos «menos protegidos de la economía» (Oficina Internacional del Trabajo, 1999, s./p.). Por eso, merece la pena poner el acento en la nueva amenaza que podría emerger con fuerza: que la tecnología, en especial la digital, en lugar de servir «para lograr trabajos decentes, más estables y de calidad, mejor remunerados, más seguros y [por encima de todo] más igualitarios» (Gómez, 2019, p. 291), termine por incrementar la distancia que, dentro de los ámbitos productivos, mantiene alejados a hombres y mujeres.

Sobre este particular, los especialistas no titubean al catalogar la brecha digital de género como una de las más «cruciales en el siglo XXI» (Andrés, Collado y García-Lomas, 2020, p. 36), ni al elevarla a la condición de «tema prioritario de análisis e intervención» (Valle, 2020, p. 3).

Y aun cuando el Instituto Nacional de Estadística (INE) la define como «la diferencia del porcentaje de hombres y el porcentaje de mujeres en el uso de indicadores TIC (uso de Internet en los últimos tres meses, uso frecuente de Internet, compras por Internet) expresada en puntos porcentuales», esta limitadísima concepción precisa ser ampliada, pues obvia tomar en consideración aspectos tan cruciales como «las capacidades de uso, apropiación y las posibilidades de participación en su diseño y desarrollo» (Arenas, 2011, p. 110).

De circunscribir el análisis a esa visión tan restringida, ciertamente los datos no parecen dibujar un escenario preocupante. Por ejemplo, según los últimos disponibles, las niñas superan a los niños en la utilización de las nuevas tecnologías; no existen grandes diferencias en el uso de Internet por sexo (el 83,8 % de las mujeres y el 82,4 % de los hombres navegan a diario); el diferencial en

compras a través de la red en favor de los varones continúa en franco retroceso, pasando de 2,2 puntos en 2019 a 0,9 % en 2020; o el 44,1 % de quienes han surcado el ciberespacio durante los tres últimos meses afirman poseer habilidades avanzadas, siendo los valores respectivos según el sexo del 45,3 % para los varones y del 43,0 % para las féminas (INE, 2020).

Pero desde la concreta perspectiva del empleo, la situación dista de resultar tan idílica. En él, los focos han de apuntar hacia otros factores particulares, fundamentalmente, las habilidades y las competencias digitales. No en vano, en la sociedad contemporánea, « caracterizada por los avances tecnológicos y prácticas laborales relacionadas directamente al uso de internet, el acceso al empleo está condicionado al dominio de competencias y habilidades para uso y aplicación eficiente de Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC)» (Acosta y Pedraza, 2020, pp. 22 y 23).

A mayor abundamiento, desde el momento en que para un número significativo y creciente de desempeños laborales la alfabetización digital constituye un requisito prácticamente imprescindible, cabe colegir que los mercados terminarán expulsando a «los inmigrantes digitales [quienes] pueden ser, en ocasiones, minusvalorados por sus carencias tecnológicas, provocando una suerte de discriminación» (Martín, 2020, p. 85).

En definitiva, se están sentando las bases para una forma perniciosa de segmentación, capaz de ocasionar episodios de pobreza y exclusión, pues los iletrados digitales se toparán frente a un muro insalvable cuando intenten acceder a los «sectores con mayores retribuciones y prestigio» (Arenas, 2011, p 112), lo cual, sin solución de continuidad, acabará «incidiendo de forma importante en la posición de la persona en el mercado laboral, tanto en el acceso al empleo, como en la elección de los mejores/peores empleos y la permanencia en el mismo» (Olarte, 2017, p. 296).

Con otras palabras, se ha generado un moderno «riesgo de polarización entre los ciudadanos más y menos favorecidos» (Robles, 2017, p. 32). Aunque las tecnologías digitales son fuente de indudables ventajas y oportunidades, en su reverso esconden una potencial capacidad para provocar nuevas desigualdades sociales, así como para engrosar otras ya existentes (Valle, 2020, p. 1). Unas y otras deben ser tenidas en cuenta y abordadas de manera diligente y eficaz. De lo contrario, fruto de su «desigualdad digital» (Martín, 2020, pp. 78 y 79) o de su «analfabetismo tecnológico» (Arenas, 2011, pp. 107 y 108), ciertos colectivos,

como el femenino, se encontrarán abocados a «un nuevo modo de exclusión social» (Andrés, Collado y García-Lomas, 2020, p. 37) en los planos económico, profesional, social, político y cultural.

En particular, dentro la esfera laboral ello se materializará en efectos negativos en términos salariales, de estabilidad en el empleo, de precariedad, de posibilidades de crecimiento, promoción y desarrollo, etc.; que, al hablar desde una perspectiva género, además se verán potenciados por los arraigados estereotipos atribuidos a hombres y a mujeres, de manera tal que, por ejemplo, estas últimas también verán «su tiempo de interacción con las TIC depredado por actividades domésticas y la maternidad […] [germen de] una brecha profesional que se traduce en una brecha tecnológica» (Berrío, Marín, Ferreira y Chagas, 2018, p. 173).

A grandes rasgos, parece evidente que, desde el momento en el que se alude a una brecha digital, con independencia del calificativo que la acompañe (de género, por razón de edad, territorial…), de manera implícita se está aceptando que la evolución tecnológica no es ni neutra ni inocua. Antes al contrario, «no tiene un efecto unidireccional –generación de riqueza, oportunidades y bienestar– sino ambivalente» (Olarte, 2017, pp. 291 y 292), pues junto con las oportunidades que ofrece conviven riesgos potenciales de pobreza y exclusión social, capaces de perpetuar, agravar y hasta generar situaciones de desigualdad.

De ahondar en el planteamiento precedente, resulta manifiesto que su impacto nocivo pone de relieve la existencia de «un problema multidimensional y multifactorial» (Pedraza, 2021, p. 11). Por tal motivo, a la hora de darle respuesta se ha de partir de «una consideración más amplia en torno a las cuestiones políticas y socioculturales que impiden la igualdad efectiva entre mujeres y hombres» (Torregrosa, 2011, p. 53), asumiendo en paralelo que perviven «condicionantes socioculturales que inciden en los aprendizajes, aplicaciones y adquisiciones tecnológicas» (Pedraza, 2021, p. 12), así como en «la presencia escasa de las mujeres en los puestos de decisión y de responsabilidad en […] determinados ámbitos» (Torregrosa, 2011, p. 53).

A tales efectos y para que sirva de referencia, basta con dirigir la vista a las disparidades fácilmente apreciables entre hombres y mujeres tanto en el sector TIC como en las profesiones especializadas en tecnologías digitales (AA. VV., 2020, p. 116). En ambos entornos se aprecia sin dificultad una generalizada

y estable escasez relativa de trabajadoras[1], lo cual parece venir determinado «por una construcción sociocultural sobre el tema, […] [de manera tal que] las competencias tecnológicas están performadas por el género» (Valle, 2020, p. 6), en una suerte de «tecnofobia femenina y tecnofilia masculina» (Vázquez y Castaño, 2011, p. 42), que condiciona los intentos de las mujeres por acceder a unos «espacios considerados masculinos» (Sánchez, Ortega y Vall-Llovera, 2012, p. 116).

Paradójicamente, a pesar del mayor número de mujeres que en la actualidad cursan estudios superiores, dicho incremento sigue sin compensar los clásicos desequilibrios de género en ciertas áreas de conocimiento, pues aquellas continúan decantándose de manera preferente por «las profesiones de servicios "femeninos" […] [mientras] los chicos eligen trayectorias profesionales relacionadas con la ciencia, la tecnología, la ingeniería o las matemáticas» (Fernández, Cebreiro y Casal, 2020, p. 117), en buena medida a causa de factores difíciles de asimilar en una sociedad moderna y contemporánea, del tipo a «la confianza y la ansiedad ante determinadas materias […] [o] los estereotipos de género» (Martínez-Campos y Castaño, 2017, pp. 56 y 57). Como corolario, subsiste y se prolonga la negativa segregación horizontal femenina, de manera tal que las mujeres, en los mercados laborales, terminan «adoptando los roles tradicionales que su sociedad espera de ellas» (Andrés, Collado y García-Lomas, 2020, pp. 44 y 45), razón determinante de un indiscutible «efecto limitador de las potencialidades para el aprovechamiento del talento femenino cualificado» (Sáinz, Arroyo y Castaño, 2020, p. 46).

De ahí que no quepa sino compartir que la brecha digital de género, en la actualidad, exterioriza mucho más que dificultades en el acceso o uso de ciertos instrumentos, herramientas o dispositivos. En realidad, es expresiva de «la infra-representación de las mujeres en los sectores estratégicos de la educación, la investigación y el empleo relacionados con las ingenierías y las TIC en general» (Gil-Juárez, Feliu y Vitores, 2012, p. 4). Esta circunstancia precisa ser abordada en «todas las franjas de edad» (Mateos y Gómez, 2019, p. 26) y en

1 Al respecto, en términos nacionales y comparados, baste con remitir a INE: *Indicadores de alta tecnología* (http://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176979&menu=ultiDatos&idp=1254735576669); y Eurostat: *Human resources in science and technology* (HRST) (https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/tsc00025/default/table?lang=en) y *Employment in high- and medium-high technology manufacturing sectors and knowledge-intensive service sectors* (https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/tsc00011/default/table?lang=en).

las distintas etapas críticas de la vida. Desde luego, a ello han de contribuir «las estrategias innovadoras de las empresas, […] las políticas puestas en práctica por los gobiernos […] y, muy fundamentalmente, […] las políticas orientadas a la inclusión digital» (Sáinz, Arroyo y Castaño, 2020, p. 15). De lo contrario, se insiste, la polarización surgida entre hombres y mujeres en los ámbitos productivos acentuará las ya de por sí preocupantes y arraigadas desigualdades de género que aún jalonan los mercados laborales contemporáneos.

Desde luego, el desafío planteado no se solucionará a través de una intervención quirúrgica, sino mediante una acción integral y transversal, basada en una batería coordinada de medidas heterogéneas, capaces de dar respuesta, individual y conjunta, al cúmulo de causas plurales y de origen diverso a tener en cuenta. En este sentido, toda vez que los motivos detrás de la brecha digital de género son múltiples, las soluciones necesariamente han de tener «un origen diverso y abarcar e implicar así al mayor número de sectores sociales, económicos y políticos existentes» (Arenas, 2011, p. 117). Y es que, si bien la intervención de los poderes públicos resulta esencial, no puede ser exclusiva (Ramos y Rodríguez, 2009, p. 244), de manera que, al tiempo, deviene imprescindible el compromiso y la cooperación de todos los interesados e implicados (Acosta y Pedraza, 2020, p. 26), con la precaución adicional, no siempre sencilla de garantizar, de no obviar en las distintas intervenciones ni las propias características personales, ni las «inquietudes y motivaciones que impulsan a las mujeres hacia las TIC» (Becerril, 2005, p. 158).

A este respecto y con carácter puramente ilustrativo, entre el abundante arsenal de propuestas formuladas por los especialistas merece la pena recoger las siguientes, clasificadas en función del ámbito natural de pertenencia o actuación:

- En materia de políticas públicas, deben fomentarse medidas de acción positiva sobre tecnología y promoción del acceso digital (Olarte, 2017, p. 293).

  Para ello, el primer paso en el camino viene dado por «conocer cómo operan los estereotipos de género, [lo que] puede aportar conocimiento sobre las barreras de acceso y uso de las TIC» (Valle, 2020, p. 2). Asimismo, se estima básico «tener en cuenta la intersección entre el género y otros ejes de desigualdad […] [pero sin considerar] a las mujeres como un colectivo desfavorecido más, ni siquiera como un colectivo homogéneo», dadas sus diferentes realidades, necesidades

vitales y urgencias en cada etapa de la vida (Sáinz, Arroyo y Castaño, 2020, p. 41).

Es más, por fuerza se ha de «abandonar la idea de que el acceso de las mujeres a las nuevas tecnologías se producirá de manera natural, espontánea y automática» (Vázquez y Castaño, 2011, p. 47). También y no menos importante, dotar de una nueva dimensión al concepto y a la valoración propios de la brecha digital de género, «para abarcar así tanto las dimensiones de habilidades digitales como la diversificación de estudios y disciplinas vinculadas» (Mateos y Gómez, 2019, p. 132).

- Dentro ahora del contexto educativo, una apuesta principal viene dada por «la incorporación de valores que promuevan la igualdad de género y […] [coadyuven al] cambio de la cultura laboral» (Acosta y Pedraza, 2020, p. 25), por cuanto en la brecha digital de género tienen mucho que ver «los condicionamientos culturales» (Badillo y Gallardo, 2014, p. 181).

  Igualmente, pero ya de manera más específica, se ha de «incorporar el aprendizaje de las competencias informáticas y navegadoras desde los primeros niveles de enseñanza, con métodos adecuados a cada edad y momento del ciclo vital de niñas y niños, adolescentes y jóvenes» (Sáinz, Arroyo y Castaño, 2020, p. 42); diseñar «planes de formación docente en TIC que superen su mero uso instrumental» (Pérez, García y Lena, 2021, p. 507); alinear «los contenidos […] con el mundo laboral y con las necesidades inherentes a la sociedad digital» (Sáinz, Arroyo y Castaño, 2020, p. 43); y tratar de fomentar las vocaciones STEM (ciencia, tecnología, ingeniería y matemáticas, según el acrónimo en inglés) entre las niñas, jóvenes y mujeres (Arenas, 2011, p. 117).

  Todo cuanto precede sin perder tampoco de vista el rol principal a representar por los docentes, respecto de quienes será menester abordar los sesgos inconscientes entre alumnas y alumnos o su formación específica sobre ciencia y tecnología con perspectiva de género (Mateos y Gómez, 2019, p. 133).

- Para terminar, en el seno de los entornos productivos supone una prioridad consolidar entre las personas trabajadoras (en particular,

entre las mujeres) el principio de la formación permanente, a lo largo de toda la vida, pilar fundamental «para afrontar los retos vinculados a la actualización constante de conocimientos […] [y] para reorientar la trayectoria profesional de […] [quienes] verán sus puestos de trabajo afectados por la digitalización y la automatización» (Sáinz, Arroyo y Castaño, 2020, p. 55).

Al fin y al cabo, en el mundo contemporáneo «va a ser necesario seguir apostando por la formación como medida de choque» (Badillo y Gallardo, 2014, pp. 180 y 181), ya que gracias a ella se estará en disposición de «adquirir las competencias necesarias, tanto de contenido sectorial como transversal, que demanda el nuevo mercado laboral» (Martín, 2020, p. 91).

Lo anterior sin olvidar otras cuestiones relevantes, como la eliminación de la brecha salarial, el ejercicio corresponsable de los derechos a la conciliación, la respuesta perentoria al problema de la división sexual del trabajo (Valle, 2020, p. 15), o el empuje a los proyectos femeninos de emprendimiento o innovación tecnológica (Mateos y Gómez, 2019, p. 137).

3. EL EFECTO INTENSIFICADOR DE LA COVID-19

Como quiera que, de lo contrario, estas reflexiones podrían parecer incompletas, en atención a su trascendencia, buena parte de los estudios *iuslaboralistas* actuales han de intentar conjugar la concreta temática abordada con las particulares implicaciones que puede llevar anudadas la crisis sanitaria (y social) generada por la COVID-19, cuyo devenir e impactos sobre los mercados de trabajo y los sistemas de relaciones laborales se antojan todavía inciertos.

Aunque desde luego no sirve de consuelo, es cierto que al menos las dantescas circunstancias sufridas han servido para, de un lado, poner de relieve «la función esencial del trabajo, su centralidad determinante en el mantenimiento de las sociedades modernas» (Editorial, 2020, p. 7); y, de otro, para que las primeras decisiones de reacción adoptadas por los poderes públicos presentaran un pronunciado «enfoque de gestión de derechos humanos sociales» (Molina, 2020, p. 17), rasgo fácilmente apreciable en ese conjunto de medidas tendentes a «evitar una reducción significativa de los ingresos de los trabajadores y autónomos, y minimizar o aplazar los costes empresariales» (Agut, 2020, p. 133).

Precisamente, en esa línea se enmarca la promoción, con el imprescindible respaldo de las tecnologías digitales y de la información y la comunicación, del teletrabajo. De hecho, a la vista de su potencial y resultados, parece inevitable que, de un modo inminente, junto con él, vayan a acelerarse tendencias tan significativas como las de «la digitalización […] [o] las nuevas formas de empleo asociadas a las plataformas digitales» (Grupo de Trabajo Mixto Covid-19, 2020, p. 2).

Con todo, es importante no soslayar que este especial modo de desempeño profesional «puede ser más tramposo para mujeres que para varones en tanto no cambie la segregación social sobre las tareas de cuidados y del hogar […] [pues, de lo contrario, existe un riesgo claro de] feminización del teletrabajo […] [y de que este] se convierta en una actividad infravalorada» (Andrés, Collado y García-Lomas, 2020, p. 43). Al fin y al cabo, el instrumento solo prestará un servicio positivo al fomento de la igualdad de géneros si es adoptado «de forma voluntaria […] tanto por hombres como por mujeres, evitando [en paralelo] que estas sigan siendo consideradas como principales responsables del trabajo doméstico y del cuidado» (Sáinz, Arroyo y Castaño, 2020, p. 51).

En otro orden de ideas, dentro del circunscrito ámbito del empleo la previsión es unánime: las consecuencias presentes y futuras de la crisis sanitaria van a resultar especialmente amplias y nefastas (Observatorio de la OIT, 2020a, p. 3). Lamentablemente, «como sucede en la mayoría de los desastres, la enfermedad también "discrimina", [de manera que] el *shock* económico va a afectar más duramente a la población con una mayor situación de desprotección y precariedad» (Fernández Avilés, 2020, p. 8); en definitiva, a las personas más vulnerables.

Concretamente, repercutirá en mayor medida «en los denominados trabajadores precarios, así como en aquellos colectivos que encuentran mayores dificultades de acceso al mercado de trabajo (jóvenes, los trabajadores de edad, las mujeres y los migrantes)» (López Ahumada, 2020, p. 28). En este sentido, se atisba un escenario donde el impacto más duro lo recibirán sectores y actividades como el alojamiento, la restauración, la industria manufacturera o el comercio, caracterizados precisamente por ser intensivos en mano de obra y por emplear, de un modo preeminente, a personas con inferiores niveles de formación y cualificación, a mujeres y a jóvenes.

Sin embargo, no todo iban a ser malas perspectivas. En un plano positivo se inscribe el surgimiento de oportunidades (para cuyo aprovechamiento habrá

que estar preparados) en aquellos ámbitos que «demandan, en términos relativos, más habilidades TIC, de lectura, de escritura y numéricas […] [lo que] plantea la necesidad de apoyar la formación en determinadas habilidades de los potenciales desempleados de los sectores más afectados por la pandemia» (Anghel, Lacuesta y Regil, 2020, p. 10).

Por consiguiente, adquiere la condición de elemento neurálgico que las acciones de capacitación a proyectar, cualquiera que sea su ámbito, «no solo facilite[n] la transición hacia nuevos entornos laborales digitales, sino que reconfiguren [en esa línea] sus capacidades y competencias» (Fundación para la Calidad e Innovación de la Formación y el Empleo, 2020, p. 9). Ello supone que no basta con atender los pilares básicos de la tutela social y de la mejora de las condiciones laborales; por el contrario, «los gobiernos deben [también] proporcionar soluciones integrales que conjuguen el apoyo a la enseñanza y el desarrollo de competencias, incluidos los conocimientos digitales y el aprendizaje electrónico» (Observatorio de la OIT, 2020b, p. 14).

A colación de lo expuesto, interesa subrayar que ya antes de la pandemia la brecha digital por género en contra de las mujeres se situaba en algo más de 10 puntos de diferencia. Por fuerza, tal eventualidad ha de ser considerada en cualquier intento de impulsar la digitalización y la transformación digital de la sociedad y de los negocios. De hecho, la crisis sanitaria, por sí misma, ya ha puesto de relieve e incrementado las desigualdades estructurales experimentadas por las mujeres en su vida cotidiana, reflejo fiel de «hasta qué punto el uso de las TIC puede suponer una fuente de exclusión» (AA. VV., 2021, p. 56).

Terminando ya, si dar respuesta a la brecha digital de género suponía ya una demanda básica antes de la pandemia, «el contexto de la crisis sanitaria ha hecho impostergable el desarrollo de programas, políticas públicas y medidas cooperativas para erradicarla en sus tres dimensiones: acceso, uso y apropiación» (Pedraza, 2021, p. 20). De hecho, cerrar la brecha digital, en sus múltiples dimensiones, deviene imprescindible «para no dejar a nadie atrás y evitar exacerbar las consecuencias de la crisis con una mayor exclusión» (AA. VV., 2021, p. 89).

BIBLIOGRAFÍA

AA. VV. (Martínez Cantos, J. L., Coord.) (2020). Nuestras vidas digitales. Barómetro de la e-igualdad de género en España. Madrid: Instituto de la Mujer para la Igualdad de Oportunidades.

AA. VV. (2021). Brecha digital y género en la Comunidad Valenciana. Informe 2020. Recuperado de: https://roderic.uv.es/handle/10550/79227 (fecha de la consulta: 11 de julio de 2021).

Acosta Velázquez, S. C. y Pedraza Amador, E. M. (2020). La brecha digital de género como factor limitativo del desarrollo femenino. *INVESTIGIUM*, *10*, 22-27.

Aguilar Gonzálvez, M.ª C. (2020). Digitalización o la oportunidad de creación de más y mejores empleos. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, *447*, 129-154.

Agut García, M.ª T. (2020). Medidas laborales de urgencia ante la COVID-19. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, *447*, 129-154.

Alternativas Económicas (2018). *Libro blanco del futuro del/de los trabajo/s. Reflexiones para una nueva política económica local*. Barcelona: Barcelona Activa.

Andrés del Campo, S. de; Collado Alonso, R. y García-Lomas Taboada, J. I. (2020). Brechas digitales de género: una revisión del concepto. *Étic@net*, *I*(20), 34-58.

Anghel, B.; Lacuesta, A. y Regil, A. (2020). Transferibilidad de habilidades de los trabajadores en los sectores potencialmente afectados tras el COVID-19. *Boletín Económico del Banco de España*, *2*, 1-14.

Aragón Gómez, C. (2017). El impacto de la maternidad en la retribución no consolidable, a propósito de los recientes pronunciamientos del Tribunal Supremo. Comentario a las SSTS 10-1-2017, R. 283/2015, y 24-1-2017, R. 1902/2015. *Información Laboral*, *6*, 1-38 (formato electrónico).

Arenas Ramiro, M. (2011). Brecha digital de género: la mujer y las nuevas tecnologías. *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Alcalá*, *IV*, 97-125.

Badillo Bengoa, N. y Gallardo Camacho, J. (2014). La brecha digital de género en Aragón. En *Las nuevas tecnologías audiovisuales frente a los procesos tradicionales de comunicación* (pp. 169-184). La Laguna: Sociedad Latina de Comunicación Social.

Becerril Ruiz, D. (2005). La brecha digital de género en España. *Sociológica*, *6*, 137-162.

Berrío Zapata, C.; Marín Arraíza, P.; Ferreira da Silva, E. y Chagas Soares, E. das (2018). Desafíos de la Inclusión Digital: antecedentes, problemáticas y medición de la Brecha Digital de Género. *Psicología, Conocimiento y Sociedad*, *7*(2), 162-198.

CES (2017). *Informe. La digitalización de la economía*. Madrid: CES.

CES (2018). *Informe. El futuro del trabajo*. Madrid: CES.

Comisión Europea (2016a). Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Una agenda de capacidades para Europa. Trabajar juntos para reforzar el capital humano, la empleabilidad y la competitividad [SWD (2016) 195 final].

Comisión Europea (2016b). Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Una nueva agenda de capacidades para Europa. Trabajar juntos para reforzar el capital humano, la empleabilidad y la competitividad [COM (2016) 381 final].

Comisión Europea (2020a). Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Una Europa social fuerte para unas transiciones justas [COM (2020) 14 final].

Comisión Europea (2020b). Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Una Unión de la igualdad: Estrategia para la Igualdad de Género 2020-2025 [COM (2020) 152 final].

Editorial (2020). La crisis del COVID-19 y los cambios del Derecho del Trabajo. *Revista de Derecho Social*, *89*, 7-15.

Eurostat (2019). Statistics explained. SDG 5-Gender equality. Recuperado de: https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/SDG_5_-_Gender_equality_(statistical_annex) (fecha de la consulta: 14 de julio de 2021).

Fernández Avilés, J. A. (2020). ¿Es suficiente este derecho laboral excepcional «por aluviones» frente a la pandemia del COVID-19? *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, *445*, 7-26.

Fernández Morante, C.; Cebreiro López, B. y Casal Otero, L. (2020). Capacitar y motivar a las niñas para su participación futura en el sector TIC. Propuesta de cinco países. *Innoeduca*, *6*(2), 115-127.

Frey, C. B. y Osborne, M. A. (2013). The future of employment: How susceptible are jobs to computerisation? Recuperado de: https://www.oxfordmartin.ox.ac.uk/publications/view/1314 (fecha de la consulta: 14 de julio de 2021).

Fundación para la Calidad e Innovación de la Formación y el Empleo (2020). Plan Nacional Extraordinario de Formación para el Empleo de la Reconstrucción (2021-2023).

Gil-Juárez, A.; Feliu, J. y Vitores, A. (2012). Género y TIC: en torno a la brecha digital de género. *Athenea Digital*, *12*(3), 3-9.

Gómez Salado, M. Á. (2019). La cuarta revolución industrial: ¿una gran oportunidad o un verdadero desafío para el pleno empleo y el trabajo decente? *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, *7*(4), 276-315.

Grupo de Trabajo Mixto Covid-19 (2020). Por un mercado de trabajo moderno y resiliente. *Fedea Policy Papers*, *10*, 2-23.

INE (2020). Encuesta sobre Equipamiento y Uso de Tecnologías de Información y Comunicación en los Hogares. Recuperado de: https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=estadistica_C&cid=1254736176741&menu=ultiDatos&idp=1254735976608 (fecha de la consulta: 13 de julio de 2021).

Instituto Cuatrecasas de Estrategia Legal en RRHH (2018). *Robótica y su impacto en los recursos humanos y en el marco regulatorio de las relaciones laborales*. Madrid: Wolters Kluwer.

Jalil Naji, M. (2018). Industria 4.0, competencia digital y el nuevo Sistema de Formación Profesional para el empleo. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, *1*(6), 164-194.

López Ahumada, J. E. (2020). Flexibilidad, protección del empleo y seguridad social durante la pandemia global del Covid-19. *Documentos de Trabajo IELAT*, *134*, 4-73.

Martínez-Cantos, J. L. y Castaño, C. (2017). La brecha digital de género y la escasez de mujeres en las profesiones TIC. *Panorama*, *25*, 49-65.

Martín Romero, A. M.ª (2020). La brecha digital generacional. *Temas Laborales*, *151*, pp. 77-93.

Mateos Sillero, S. y Gómez Hernández, C. (2019). *Libro Blanco de las mujeres en el sector tecnológico*. Madrid: Secretaría de Estado para el Avance Digital.

Molina Navarrete, C. (2020). La COVID-19 y el arte de lo (jurídicamente) posible: del estrés legislativo al colapso interpretativo. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, *446*, 5-30.

Observatorio de la OIT (2020a). El COVID-19 y el mundo del trabajo. Segunda edición. Estimaciones actualizadas y análisis. 7 de abril de 2020. Recuperado de: https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/WCMS_740981/lang--es/index.htm (fecha de la consulta: 14 de julio de 2021).

Observatorio de la OIT (2020b). El COVID-19 y el mundo del trabajo. Cuarta edición. Estimaciones actualizadas y análisis. 27 de mayo de 2020. Recuperado de: https://www.ilo.org/global/topics/coronavirus/lang--es/index.htm (fecha de la consulta: 14 de julio de 2021).

OCDE (2013). Mejores competencias. Mejores empleos. Mejores condiciones de vida. Un enfoque estratégico de las políticas de competencias. Recuperado de: https://www.oecd-ilibrary.org/education/mejores-competencias-mejores-empleos-mejores-condiciones-de-vida_9786070118265-es (fecha de la consulta: 14 de julio de 2021).

Oficina Internacional del Trabajo (1999). Memoria del Director General: Trabajo decente. Recuperado de: https://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc87/rep-i.htm (fecha de la consulta: 14 de julio de 2021).

OIT (2016). Los cambios tecnológicos y el trabajo en el futuro: cómo lograr que la tecnología beneficie a todos. La iniciativa del centenario relativa al futuro del trabajo-Nota informativa 1. Recuperado de: http://www.oitcinterfor.org/node/6968 (fecha de la consulta: 14 de julio de 2021).

Olarte Encabo, S. (2017). Brecha digital, pobreza y exclusión social. *Temas Laborales*, *138*, 285-313.

Parlamento Europeo (2019). Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de febrero de 2019, sobre una política industrial global europea en materia de inteligencia artificial y robótica (2018/2008[INI]).

Pedraza Bucio, C. I. (2021). La brecha digital de género como vértice de las desigualdades de las mujeres en el contexto de la pandemia por Covid-19. *Logos*, 136, 9-22.

Pérez Escoda, A.; García Ruiz, R. y Lena Acebo, F. J. (2021). Brecha digital de género y competencia digital entre estudiantes universitarios. *Aula Abierta*, *50*(1), 505-514.

Ramos Llanos, A. J. y Rodríguez Sánchez, M. (2009). Brecha digital de género en España. Consecuencias sociales y económicas. *ICADE. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, *76*, 219-253.

Raso Delgue, J. (2018). América Latina: el impacto de las tecnologías en el empleo y las reformas laborales. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, *1*(6), 6-36.

Robles, J. M. (2017).¿Por qué la brecha digital es un problema social? *Panorama Social*, *25*, 9-16.

Rocha Sánchez, F. (2017). La digitalización y el empleo decente en España. Retos y propuestas de actuación. En *El futuro del trabajo que queremos* (pp. 259-274). Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

Rodríguez Fernández, M.ª L. (2017). Plataformas, *microworkers* y otros retos del trabajo en la era digital. *Contribución a la Conferencia Nacional OIT «El futuro del trabajo que queremos»*. Recuperado de: http://www.ilo.org/madrid/fow/trabajo-decente-para-todos/WCMS_548596/lang--es/index.htm (fecha de la consulta: 14 de julio de 2021).

Sáinz, M.; Arroyo, L. y Castaño, C. (2020). *Mujeres y digitalización. De las brechas a los algoritmos*. Madrid: Instituto de la Mujer para la Igualdad de Oportunidades.

Sánchez Vadillo, N.; Ortega Esteban, O. y Vall-Llovera, M. (2012). Romper la brecha digital de género. Factores implicados en la opción por una carrera tecnológica. *Athenea Digital*, *12*(3), 115-128.

Sierra Benítez, E. M. (2017). La protección social de los trabajadores ante el desafío del nuevo trabajo a distancia, del trabajo digital y la robótica. *Derecho de la Seguridad Social*, *11*, 133-159.

Torregrosa Carmona, J. F. (2011). Brecha digital: notas desde una perspectiva de género. *Asparkía*, *22*, 51-59.

Valle Gómez, G. del (2020). La brecha digital de género en la experiencia vital de las mujeres mayores. *Barcelona Societat. Revista de investigación y análisis social*, *25*, 1-17.

Vázquez, S. y Castaño, C. (2011). La brecha digital de género: prácticas de e-inclusión y razones de la exclusión de las mujeres. *Asparkía*, *22*, 33-49.

WIDENING THE SCOPE OF THE EQUALITY EMPLOYMENT DIRECTIVE? SOME REMARKS ON *VL V SZPITAL KLINICNZY* (C-16/19)

PEDRO OLIVEIRA

Ph.D candidate in Public Law at the University of Coimbra. Oliveira holds a bachelor's degree in law and a Masters in Labour Law both from the Faculty of Law of Coimbra. He is a Fellow of the Portuguese Foundation for Science and Technology and a Fulbright scholar (Cohort 2021). Oliveira is a member of the Community for Labour Studies and Researchers (CIELO).

ABSTRACT: In January 2021, the CJEU delivered a remarkable judgement regarding the rights of workers with disabilities. The case concerned a polish employer who decided to grant a monthly allowance to workers with disabilities that submitted him a disability certificate after a certain date. Nevertheless, those workers who had submitted their certificates before that date, including VL, were not entitled to that allowance. As a result, VL brought an action against the employer before a Polish Court claiming that she had been discriminated against due to her disability. Such Court dismissed the case and VL lodged an appeal with the referring court, which decided to stay the proceedings and to refer the case to the CJEU for a preliminary ruling under the Equality Employment Directive. The aim of the following notes is to raise awareness regarding some of the main points of the argumentative rhetoric by the Court of Justice in one more important counter on its board game.

KEYWORDS: Equality Employment Directive; direct discrimination; indirect discrimination; disability; workers with disabilities.

1. INTRODUCTION

In a recent ruling[1], the Court of Justice of the European Union (CJEU) was once more called to speak on matters of interpretation within the context of the Equality Employment Directive, which establishes a general framework for equal treatment in employment and occupation[2].

The case regarded two essential matters: one, the already known (and not always unequivocal) definition of direct and indirect discrimination, laid down in article 2.º, no. 2, a) and b) of the said normative document[3]; the other, however, was new in the European Union's judicature, as Advocate General Giovanni Pitruzzella pointed out as he began his *conclusions*: "the legal question

1 Judgment of the Court (Grand Chamber), 26 January 2021, Case C-16/19, VL v Szpital Kliniczny im. Dra J. Babinskiego Samodzielny Publiczny Zaklad Opieki Zdrowotnejw Krakowie, available on https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf;jsessionid=04C6EF259620AACF08E81970C18F8E9C?text= &docid=236963&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1483218 (thereinafter Judgment). See, also, the *Opinion* of Advocate General Pitruzella (thereinafter *Opinion*).

2 Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000, establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation (OJ 2000 L 303, p. 16.

3 The Advocate General emphasises: "the distinction between direct discrimination and indirect discrimination is not particularly clear from the wording of the directive, and there are differing opinions also in the interpretation of those two categories". (*Opinion*, no 74).

at the root of the present proceeding, unprecedented for the Court of Justice, is the applicability of discriminatory actions (direct or indirect) regarding an employer's behaviour whose treatment towards two groups of people [with disabilities] is different"[4].

In effect, the Luxemburg *areopagus* had never before decided on a litigation in which the interests of a disabled worker against a worker with no disability were in question. The aim of the following notes is to raise awareness regarding some of the main points of theargumentative rhetoric by the Court of Justice in one more important counter on its board game.

2. THE DISPUTE

VL was employed as a psychologist by the hospital Dr. J. Babiński, from 3 October 2011 to 30 September 2016. On 8 December 2011, she obtained a disability certificate, which she submitted to her employer on 21 December 2011.

In 2013, following a meeting with the staff, the director of the hospital decided to grant a monthly allowance to workers submitting disability certificates after that meeting. The measure was intended to reduce the amount of the contributions payable by the hospital to the State Fund for the Rehabilitation of Persons with Disabilities. The relevant date for such grant was not the one in which the disability certificate was obtained but the moment of its submission to the director.

The allowance was granted individually to 13 workers who had submitted their disability certificates after that meeting. By contrast, 16 workers who had submitted their certificates to the employer before that meeting, including VL, did not receive that allowance.

As a result, VL brought an action against her employer before the Sąd Rejonowy dla Krakowa – Nowej Huty w Krakowie IV Wydział Pracy i Ubezpieczeń Społecznych (District Court for Kraków-Nowa Huta in Kraków, 4th Labour and Social Insurance Division, Poland), arguing that she had been the subject of discrimination with regard to pay.

That court having dismissed her action, VL lodged an appeal with the referring court, the Sąd Okręgowy w Krakowie (Regional Court, Kraków, Poland).

4 *Opinion*, no 3.

In her appeal, VL argued that her employer granted the allowance to a group of workers sharing a common characteristic, namely a disability, but on the condition that they submitted their disability certificates after a date chosen by the employer, which had the effect of excluding workers who had submitted their certificates before that date from receiving that allowance. VL considered that such a practice, the aim of which was to encourage workers with disabilities who had not yet submitted disability certificates to do so, in order to reduce the amount of the contributions payable by the hospital to the State Fund for the Rehabilitation of Persons with Disabilities, was contraryto Directive 2000/78, which prohibits all discrimination, whether direct or indirect, on grounds of disability.

In that regard, the referring court questioned whether indirect discrimination within the meaning of Article 2 of Directive 2000/78 may be taken to occur where a distinction is made by an employer within a group of workers defined by a protected characteristic – in this instance, disability – without the workers with disabilities in question being treated less favourably than workers who do not have disabilities.

In those circumstances, the Sąd Okręgowy w Krakowie (Regional Court, Kraków) decided to stay the proceedings and to refer the following question to the Court of Justice for a preliminary ruling:

'Should Article 2 of [Directive 2000/78] be interpreted as meaning that the differing treatment of individual members of a group distinguished by a protected characteristic (disability) amounts to a breach of the principle of equal treatment if the employer treats individual members of that group differently on the basis of an apparently neutral criterion, that criterion cannot be objectively justified by a legitimate aim, and the measures taken in order to achieve that aim are not appropriate and necessary?'

3. ISSUES AT STAKE

As it can be inferred from the circumstances briefly described above, one of the fundamental points discussed by the national judicature was regarding the scope and reach of the discrimination definition for the purposes of the Polish framework that transposed Directive 2000/78.

The arguments presented in the litigation provide two main interpretations: worker VL believed that her situation could be under Directive 2000/78. As

she later acknowledged, the Court of First Instance had determined against her: VL had not been discriminated against due to her disability as such treatment would imply that there had been a confrontation between disabled workers and those with no disability. On the other hand, the distinctive criterium adopted by the Hospital was the date on which the document attesting for the disability had been delivered, and not VL's actual disability.

The Court of Appeal, more hesitant (or more cautious), did not dismiss the matter and questioned the Court of Justice regarding the possible use of the discrimination definition in a case where the difference in treatment takes place within a group of workers that is differentiated for the same protective characteristic (the disability), and also with regard to how the conduct of the Hospital is qualified under indirect discrimination.

4. DIRECTIVE 2000/78

First of all, let us recall some of the normative elements considered in the VL case, in particular Directive 2000/78. As we are aware, the scope of this Directive is to promote the general principle of equality within the European Union by combating discrimination on the grounds of disability, religion or belief, age or sexual orientation[5]. Contrary to what it recommends – the Directive is a harmonising instrument that allows for changes to its rules *in melius* –[6], the Court of Justice has understood that such list of grounds is exhaustive. Also, and contrary to what happens in other fields, e.g. ethnic discrimination, its material scope is circumscribed by the specific context of labour relations.

Of utmost importance within the legal framework of Directive 2000/78, article 2 (1), under the epigraph "concept of discrimination", defines the *principle of equality of treatment* as the lack of any discrimination, whether direct or indirect, for any of the aforementioned grounds, which include disability[7]. On

5 Directive 2000/78 CE, Article 1.

6 See Mark Bell / Ann Numhauser-Henning, «Equal Treatment», in *European Labour Law* (ed. by Teun Jaspers, Frans Pennings, and Saskia Peters), Cambridge, Intersentia, 2019, p. 153.

7 By contrast to what occurred, for instance, in the framework of gender norms, the EU acquired the legislative competence on disability solely after the adoption of the Amsterdam Treaty (Article 122 – now Article 19 of the Treaty on the Functioning of the European Union). Such provision constitutes the legal basis of Directive 2000/78. An in-depth analysis on the evolution of the competence of the EU on the disability law can be seen at Lisa Waddington, "The European Union and the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities: A story of exclusive and shared competences", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 18,

the other hand, no. 2, paragraphs a) and b) of the same Directive regulates the two types of discrimination, which, as said before, are not always easily defined.

According to Mariana Canotilho, the fundamental element that sets them apart "is in the more or less evident, or visible, character of the discrimination"[8]. In effect, so-called direct discriminatory conduct occurs when, because of their disability, one person is treated less favourably than another is, has been or would be treated in a comparable situation. We are talking about "ostentatious, expressive discrimination"[9], the grounds of which must be explicitly shown in order to be determined; because the comparability test applies, whereby the term of comparison is an essential element in reaching a decision on the case.

In turn, indirect discrimination occurs where an apparently neutral provision, criterion or practice would put a person - namely someone with a particular disability - at a particular disadvantage when compared with other persons. This type of discrimination consists of "measures which, on a strictly formal level, are indistinctly applicable with regard to the differentiation criteria forbidden by the legal framework but which, on a practical and material level, have an effect similar to that of direct discrimination"[10].

However, it is worth noting that, contrary to what happens in the case of direct discrimination, indirect discrimination can be objectively justified. This draws on the following requirements (a general one, and a more specific one) to infer the existence of indirect discrimination: elements that show that the provision, criterion or practice place the worker with one of the protected characteristics in a disadvantageous position; such provision, criterion or practice cannot be objectively justified[11].

4, 2011, pp. 431-453. «

8 Mariana Canotilho, "Igualdade de Oportunidades e Não Discriminação", in *Direito da União Europeia – Elementos de Direito e Políticas da União*, Coimbra, Almedina, 2016, p. 891.

9 Mariana Canotilho, *cit.*, p. 891. According to Mark Bell, *cit.*, p.155, "the strength of the concept of direct discrimination lies in the absence of any possibility to justify such conduct".

10 Mariana Canotilho, *cit.*, p. 892.

11 In accordance with article 2 no 2 (b), "unless (i) that provision, criterion or practice is objectively justified by a legitimate aim and the means of achieving that aim are appropriate and necessary, or (ii) as regards persons with a particular disability, the employer or any person or organisation to whom this Directive applies, is obliged, under national legislation, to take appropriate measures in line with the principles contained in Article 5 in order to eliminate disadvantages entailed by such provision, criterion or practice".

The simplicity of these norms hides multiple, delicate problems. To start with, these problems arise from the compartmentalisation issues in terms of direct and indirect discrimination, as well as doubts regarding the *term of comparison* as it is not always easy to understand when the Court of Justice perceives two situations as being comparable – in fact, the Ruling hereby discussed reflects another expressive example of the problems encountered with regard to this matter.

5. COMPARABILITY CRITERION

It was important that, first of all, the Court of Justice determined if the manner in which worker VL claims to being treated differently would or not fall within the scope of Directive 2000/78. I reiterate, this is an innovative element in the EU's jurisprudence: understanding whether such desideratum does indeed comprise discrimination between workers with the same protected characteristic, *in casu*, disability.

So far, most cases taken to Court meant that the interpreter had to make use of the comparability test between the situation of a worker with a certain distinctive quality and another who did not have such a quality. The reasoning was simple and logical. A worker complaining of having been discriminated by their employer due to disability would have their situation assessed in comparison to that of a worker with no disability. The same would be the case with regard to other grounds of discrimination specifically laid down in the Directive[12].

In the end, the complexity of what is real would somehow mitigate the dominant logic in the EU's equality and non-discrimination law, in particular with regard to choosing a comparator. In effect, not only are there cases in which it is not very clear, there are also other cases where less focus seems to be given to such comparator[13].

12 In any how, it is worth noting that the comparator approach has been criticised on the doctrine. Mark Bell / Ann Numhauser-Henning, *cit.*, p. 155: "this tends to reinforce the norms and conduct of dominant groups who become the benchmark against which treatment is compared. The comparator, whether real or hypothetical, is likely to have characteristics such as being white, abled-bodied or a man".

13 As Catherine Barnard argues, "in most cases the selection of the comparator is straightforward. However, this is not always the case" (*EU Employment Law*, 4th ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p. 305). See also, Mark Bell / Ann Numhauser-Henning, *cit.*, p. 154: "in some cases, the Court appears to place less weight on the identification of a comparator".

It is not surprising that, in the case in question, the positions adopted regarding sucha nodal point did not coincide. On one side, there was the Hospital and the European Commission, who, by restrictively interpreting the enforcement scope of the Directive, defended that it was limited to discriminatory treatment of workers with disability compared to workers with no disability. On counterpoint, worker VL and the Polish and Portuguese governments believed that the Directive would be equally applicable to a situation "where the different treatment was limited to the category of workers with disability, and also that the differentiating element would not be directly connected to it"[14].

As mentioned with regard to the definitions of direct and indirect discrimination, the comparability of the less favourable or disadvantageous treatment must occur with regard to (an)other person(s). The question that immediately comes to mind is: who are these *other persons*? Who can be used as a point of comparison for the enforcement ofsuch rules? Even though the Directive is not explicit, the jurisprudence establishes a number of guidelines for those interpreting it. In a major ruling involving discrimination due to sexual orientation, the Court of Justice stressed that "first, it is required not that the situations be identical, but only that they be comparable and, second, the assessment of that comparability must be carried out not in a global and abstract manner, but in a specific and concrete manner in the light of the benefit concerned"[15].

If the premise here is that the nature of these situations is only comparative, then it seems that, *a fortiori*, the maximum equalization among them also falls within the Directive's normative approach. Would it make sense to remove a case from the Directive's protective scope, where an employer enforces a measure that benefits employees with physical disability but not a group of employees with mental disability, if it were conceded that such measure could also benefit the latter? Would this not be favourable treatment of a certain group of workers with disability to the detriment of another group of workers with disability? An affirmative answer to the first question - that is, to admit differentiation in these types of situations, as the interpretation by the Commission and the Hospital seems to infer, unless a better opinion is put forward - reflects a formal interpretation of the Directive and is contrary to its scope, which, I reiterate, is: to fight discrimination.

14 *Opinion*, no 36.

15 Judgment of the Court, 10 May 2011, Case C-147/08 (Jürgen Römer v Freie und Hansestadt Hamburg), no 42.

In the VL case, the CJEU, after recalling that in interpreting a provision of EU law it is necessary to consider not only its wording but also its context and the objectives of the legislation of which it forms part[16], emphasised that the wording of article 2, no 1 and 2 of the Directive, in particular the terms "another [person] and other persons", "does not permit the conclusion that, regarding the protected ground of disability […], the prohibition of discrimination laid down by that directive is limited only to differences in treatment between persons who have disabilities and persons who do not have disabilities"[17].

The protection granted by that directive, adds the Court, "would be diminished if it were to be considered that a situation where such discrimination occurs within a group of persons, all of whom have disabilities, is, by definition, not covered by the prohibition of discrimination laid down thereby solely on the ground that the difference in treatment at issue takes place as between persons with disabilities"[18].

At the end of the day, if the Court of Justice conceded the position of some of the parties in the process, including that the Directive would only encompass differentiated treatment among workers with disability and workers with no disability, "such an interpretation could result in the paradox of reverse discrimination, which would impose on employers an absolute and automatic obligation to treat all disabled workers equally[19]. Within a company where there is a group of disabled workers, each one of them can request that reasonable non-coinciding accommodation be put in place, and, in this case, the employer must treat them differently.

6. DIRECT OR INDIRECT DISCRIMINATION?

However, even more debatable is the Court of Justice's argumentative rhetoric with regard to qualifying the Hospital's discriminatory conduct as direct or indirect. On the one hand, and knowing that the Court of Justice presented

16 Judgment no 26. In the same direction see the Opinion no 38.

17 Judgment no 29. Moreover the Court declares: "although Article 1 and Article 3(4) of that directive, as well as recitals 11 and 12 thereof, make generic references to discrimination 'on the grounds of' or 'based on', inter alia, disability, they do not specify in any way the person or group of persons that may be used as the benchmark for assessing whether there is such discrimination" (Judgment no 30).

18 Judgment no 35.

19 In this direction, see the *Opinion* no. 44.

such conclusions to the national judicial authorities, it is also true that its prognosis was not based on the logic of such discriminatory- type cases. As we know, as well as the fact that they alternate, the second derives from the first, in other words, when the scope of article 2, no. 2, paragraphs a) and b), of Directive 2000/78 is outlined, assessing the type of indirect discrimination generally only takes place once the direct discrimination has been dismissed. Nevertheless, in the case in question, the Court of Justice stated that the Hospital's behaviour could be considered not only direct discrimination, but also indirect.

But maybe the most sensitive point of the decision is related to the possible subsumption of the controversial case in the desideratum regarding direct discrimination (article 2, no. 2, a)). So, the question we ask ourselves is whether worker VL was in fact treated less favourably due to her disability.

In light of the case law concerning grounds other than disability referred to in Article 1 of that directive, the Court has held that a "difference in treatment based on workers' marital status and not expressly on their sexual orientation was still direct discrimination on the basis of that orientation because, in the Member States concerned, at the time of the facts under consideration, only persons of different sexes could marry and it was therefore impossible for homosexual workers to satisfy the condition necessary for obtaining the benefit claimed. In such a situation, marital status could not be regarded as an apparently neutral criterion[20].

In the same vein, the Court recalled that "a difference in treatment of workers based on entitlement to an old-age pension and not expressly on age, in granting a severance allowance, constituted direct discrimination in so far as, that entitlement being subject to a minimum age requirement, that difference in treatment was based on a criterion which was inextricably linked to age"[21]. Therefore, the Court concludes: "where an employer treats a worker less favourably than another of his or her workers is, has been or would be treated in a comparable situation and where it is established, having regard to all the relevant circumstances of the case, that that unfavourable treatment is based on the former worker's disability, inasmuch as it is based on a criterion which

20 Judgment no. 45.

21 Judgment no. 46.

is inextricably linked to that disability, such treatment is contrary to the prohibition of direct discrimination"[22].

With regard to this matter, note that the Court of Justice shunned both the Court's interpellation by the Court of Appeal, which referred solely to the indirect discrimination (that there was difference in treatment based on an apparently neutral criterium, namely when the disability certificate was delivered), and the understanding by the Advocate General.

We cannot, however, perceive a direct identity between the adduced case-by-case and the case hereby presented. In truth, there is a particularly relevant factor that distinguishes and sets them apart: whilst with the first there is a difference in how heterogenous groups of people (married and unmarried / older and younger workers) are treated, the question here is that in the VL case a differentiated treatment is given to a group of people where all have the same protected characteristic (they are disabled). Furthermore, in the first case, the criteria used to determine discrimination were marriage and age, whereas in the VL case the difference in treatment is based on the date the worker delivered her disability certificate to the hospital.

It is important to note, however, that what has been described does not mean that less favourable treatment of a disabled worker comparatively to another disabled worker can constitute direct discrimination when such difference in treatment is based on that characteristic. In the VL case, we would unequivocally consider it to be a case of direct discrimination under the terms of article 2, no. 2, a), of Directive 2000/78 if the grounds for the different treatment given to VL had in actual fact been her disability. In other words, if the differentiating measure issued by the hospital had targeted such characteristic, and had explicitly referred to it.

As we see it, and not considering the element of time – that is, the date the disability certificate was delivered – to be directly related to the protected characteristic (VL's disability), the Hospital's discriminatory conduct constitutes indirect discrimination (article 2, no. 2, b) ofDirective 2000/78) inasmuch as it derives from an apparently neutral criterium which, nevertheless, leads to a particular disadvantage for workers with a disability, including VL[23]. Such

22 Judgment no. 48.

23 Judgment no. 55.

discriminatory treatment cannot be objectively justified in compliance with the said norm as it is based on the Hospital's claim to reduce monetary costs[24].

7. CONCLUSION

Considering the above, we believe that, under Directive 2000/78, the Court of Justice was right in admitting that the situations in which a homogenous group of workers with a common characteristic - in this case, a disability - were comparable. However, the same cannot be said for the possible subsumption of this controversial case in the definition of direct discrimination. As we see it, the Court of Justice would have been more veracious if it had considered the Advocate General's interpretation, considering the Hospital's behaviour solely as indirect discrimination; unless, for obvious reasons, the aim here was to widen the scope of the material protection under Directive 2000/78. Maybe the Court of Justice can clarify this matter in the future.

24 Judgement no. 59.

IMPLICANCIAS, AVANCES Y RETROCESOS: EL DESARROLLO DE LAS NORMAS LABORALES PERUANAS PARA LA REDUCCIÓN DE BRECHAS DE GÉNERO ANTES, DURANTE Y POST COVID-19*

CCANTU STEFANY OSORIO VELARDE

Profesional licenciada en Derecho por la Pontifica Universidad Católica del Perú, con Segunda especialidad por la Pontifica Universidad Católica del Perú en Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Magíster en Derecho del Trabajo y Seguridad Social por la Pontifica Universidad Católica del Perú. Asociada del área laboral y migratoria del Estudio Olaechea. Miembro de la Sección Peruana de Jóvenes Juristas de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

* Las conclusiones arribadas en el presente artículo son personales.

SUMARY: The paralysis of the formal and informal economy caused by the COVID-19 Pandemic, has disproportionately affected women, who already earned less money and had more precarious jobs before the pandemic period, deepening existing inequalities and gender gaps. For this reason, it is urgent to analyze the negative effects of measures taken by the Peruvian government in order to restrict mobility, economic reactivation, remote work, among others, in the lives of women, as well as that legislative development that has been promoted to try to stop the gaps existing in pre-pandemic, pandemic, and post-pandemic scenarios.

KEY WORDS: COVID-19, gender pay gap, equal treatment

1. INTRODUCCIÓN

Para el día 6 de marzo del 2020, se reportó el primer caso de infección por coronavirus en el Perú. Ante este panorama, se tomaron una serie de medidas para la vigilancia y control epidemiológico que abarcaban desde el aislamiento domiciliario (cuarentena), mediante la declaración del Estado de Emergencia Sanitaria y Nacional, hasta la restricción parcial del desarrollo de actividades económicas de manera presencial. Este tipo de medidas ha tenido un impacto negativo en la actividad laboral y económica de las personas.

Usualmente, se ha creído que las normas, medidas, políticas y cualquier acción estatal impactan de igual manera en toda la población, no obstante, ello no es así. Es necesario destacar como uno de los grupos más afectados durante la pandemia por COVID-19, a las mujeres toda vez que las mismas se ubican principalmente en trabajos que, debido a sus características y naturaleza, cuentan con mayores restricciones para su desarrollo durante la pandemia, tales como el sector retail, educación, servicios, restaurantes, entre otros.

Adicionalmente, la gran mayoría de mujeres, por la carga doméstica y familiar que deben asumir, se encuentran más expuestas a trabajar en: (i) empleos de tiempo parcial, (ii) empleos como independientes (autoempleos), (iii) empleos a plazo fijo, e, (iv) informalidad laboral. Asimismo, existe una concepción en la mentalidad del empleador de que una mujer representa un mayor costo laboral frente a un hombre debido a las licencias a las cuales tienen derecho por ejemplo maternidad, y lactancia, razón por la cual no es "conveniente" la contratación de las mismas.

Por otro lado, es necesario señalar que durante la Pandemia por COVID-19, se han incrementado las obligaciones de cuidado del hogar en vista de que la educación de los hijos se realiza de manera remota desde la casa, intensificándose el trabajo que debe realizar al día. En efecto, se señala que este incremento de labores es a razón de 2.4 el valor de la ratio de horas dedicadas por las mujeres respecto a los hombres (AVOLIO, 2020).

A todo ello se suma los recortes de puestos, suspensiones perfectas de contratos de trabajo y licencias sin goce de haber ante la existencia de una crisis económica.

Sin perjuicio de ello, durante el periodo de pandemia por COVID-19, la lucha en favor de la reducción de brechas de género no se detuvo, no obstante, si disminuyó su ritmo a comparación de la etapa pre pandemia, existiendo un desarrollo legislativo relevante, el cual contiene un análisis transversal desde el punto de vista laboral, social y económico.

Es necesario señalar que el desarrollo legislativo sobre la igualdad de género es una obligación internacional asumida por el Estado Peruano desde el año 1982 tras la ratificación de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Es en razón a ello que nuestro país inició en el 2007 con una transformación con la aprobación de la Ley de Igualdad de Oportunidades entre hombres y mujeres, Ley Nº28983, con el objetivo de adoptar todas las medidas requeridas para remover los obstáculos que impidan el ejercicio de los derechos en igualdad de condiciones.

En aras de evidenciar ello, se analizarán las implicancias del desarrollo legislativo en las siguientes etapas: (i) pre-pandemia con la promulgación de normas como la Ley N° 30709, Ley que prohíbe la discriminación remunerativa entre varones y mujeres, y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 002-2018-TR, entre otras; y (ii) pandemia, con la promulgación del Decreto Legislativo N° 1499, Ley N° 31047, Ley de las Trabajadoras y Trabajadores del Hogar; entre otras; y, (iii) post pandemia –la cual aún no inicia- razón por la cual se resaltarán las metas que deberán afrontarse en dicho escenario tales como lidiar con el problema de la sobrecarga laboral de las mujeres, la eliminación de la alta tasa de informalidad en el empleo femenino, y la protección a los grupos de trabajadoras más vulnerables

2. CONTEXTO

El COVID-19 es un nuevo tipo de coronavirus que afecta a los humanos, el cual fue reportado por primera vez en diciembre de 2019 en la ciudad de

Wuhan, provincia de Hubei, en China. La pandemia por COVID-19 se extendió rápidamente, siendo declarada por la Organización Mundial de la Salud (OMS) el 11 de marzo del 2020. Ante este panorama, se tomaron una serie de medidas existiendo a la fecha una cuarentena focalizada, y, actualmente, con restricción parcial del desarrollo presencial de actividades económicas (limitación de aforo).

Esta disminución del ritmo normal del desarrollo de la economía formal e informal, ha afectado desproporcionalmente a las mujeres, quienes ya ganaban menos dinero y tenían puestos de trabajo más precarios antes de la pandemia, profundizando las desigualdades de género existentes.

Es necesario tener presente que las mujeres se ubican principalmente en trabajos que, debido a sus características, han sido más afectados por los efectos de la pandemia. Por ejemplo, el 92% de las trabajadoras del hogar trabajaba en la informalidad, y 70% de ellas han sido despedidas en los últimos meses. (MOZOMIBITE, 2020)

Las repercusiones económicas son aún más significativas en las mujeres en situación de pobreza. La precariedad del empleo femenino es mayor, y las brechas de ingresos entre hombres y mujeres se amplían, esto va en línea con las proyecciones mundiales de ONU "Mujeres y el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo" en el 2020. Así, la ONU estimaba que para 2021, por cada 100 hombres de 25 a 34 años que viven en pobreza extrema, habrá 118 mujeres, y se prevé que esto aumentaría a 121 mujeres por cada 100 hombres en 2030. (UNIDAS, 2020)

Por su parte, en el Perú, el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) en cumplimiento de su función de difundir información oportuna y confiable, elabora desde el año 2005 de manera trimestral el Informe Técnico de Estadísticas con Enfoque de Género, con los resultados de la Encuesta Nacional de Hogares (ENAHO) a nivel nacional. En un análisis comparativo de los años 2019 y 2020, se estableció lo siguiente: (Informática, 2020)[1]

1 La muestra anual de la ENAHO 2020 es de 36 996 viviendas particulares; en el trimestre abril-mayo-junio la muestra investigada fue de 9 240 viviendas particulares.

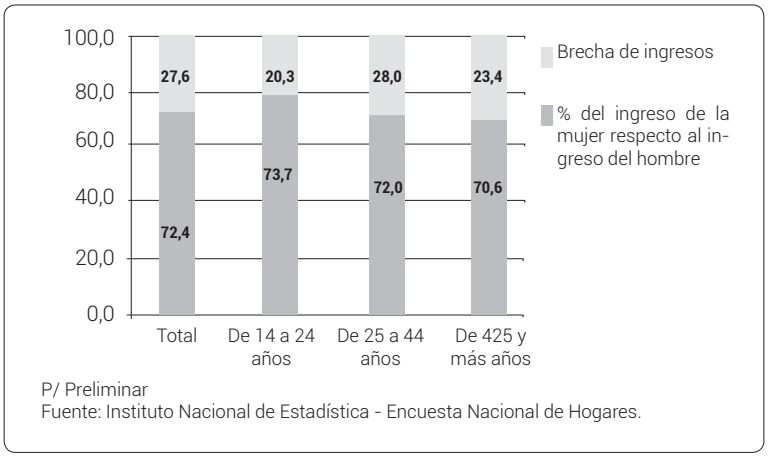
CUADRO: PERÚ TASA DE ACTIVIDAD DE MUJERES Y HOMBRES, SEGÚN ÁREA DE RESIDENCIA
TRIMESTRE: ABRIL-MAYO-JUNIO 2019 Y 2020
(Porcentaje)

SEXO/ÁREA DE RESIDENCIA	ABR-MAY-JUN 2019	ABR-MAY-JUN 2020P/	VARIACIÓN (PUNTOS PORCENTAJES)
Nacional			
Mujer	64,5	36,1	-28,4 ----
Hombre	79,6	54,7	-24,9 ---
Urbana			
Mujer	62,8	29,7	-33,1 ---
Hombre	78,2	47,6	-30,6 ---
Rural			
Mujer	71,4	62,8	-8,6 ---
Hombre	85,2	82,8	-2,4 ---

P/Preliminar
Fuente: Instituto Nacional de Estadística e Informática: Encuesta Nacional De Hogares

Téngase presente que, en el segundo trimestre de 2020 (abril, mayo y junio 2019 y 2020), la tasa de actividad del hombre se ubicó en 54.7% y de las mujeres en 36.1%. Realizando una comparación respecto al mismo trimestre de 2019 se observa una reducción de 24.9 y 28.4 puntos porcentuales, respectivamente, siendo mayor la del grupo de las mujeres.

CUADRO: PERÚ INGRESO PROMEDIO DE LAS MUJERES COMO PORCENTAJE RESPECTO DEL INGRESO DE LOS HOMBRES SEGÚN GRUPOS DE EDAD
AÑO MOVIL: JULIO 2019 - JUNIO 2020 P/
(Porcentaje)



P/ Preliminar
Fuente: Instituto Nacional de Estadística - Encuesta Nacional de Hogares.

Asimismo, por grupos de edad, en todos ellos, el ingreso promedio de los hombres fue mayor al de las mujeres. En efecto, las desigualdades de género

impactan en el bienestar, desarrollo de la personalidad y dignidad de la mujer, razón por la cual se deben eliminar y dejar de lado los estereotipos de género que ponen en segundo lugar el rol de la mujer hasta la promoción de políticas de igualdad de remuneración, entre otros.

Téngase presente que esta brecha de género respecto al ingreso que percibe la mujer es mayor en el grupo etario de 45 y más años (29.4) toda vez que, del universo encuestado, las mujeres ganarían 70.6% del salario del hombre; y el menor, el grupo etario de 14 a 24 años (20.3), ganando las mujeres el 79.7% del salario del hombre. (Informática, 2020)

En efecto, y en base a los resultados evidenciados, podríamos señalar que existe un proceso de socialización permanente en el que una persona desde la infancia "va interiorizando creencias, comportamientos sociales, entre otros, que finalmente forman parte del rol social que la persona pretende asumir en la sociedad". Este proceso de socialización define lo que se debe entender por género y que se encuentra relacionado con ello existiendo una construcción social sobre lo que corresponde a una mujer o a un hombre (consecuencia directa de su sexo). Así, nace la brecha de genero existente, debido a la tendencia de la sociedad de atribuir ciertas características que "debería" tener una mujer y un hombre, en base a criterios subjetivos de la sociedad y no en base a criterios objetivos.

Así, desde la creencia de que los hombres son superiores o mejores que las mujeres, y son solo ellos los que deben o pueden realizar ciertos tipos de trabajos, ocupar puestos de jefatura dentro de una empresa y percibir mayor remuneración y condiciones laborales únicamente en razón de su género, minimizando la condición, habilidades y aptitudes de las mujeres.

Sobre el particular, Nancy Tolentino señala:

> *"Para entender el concepto de género, se debe tener en cuenta que esta noción se refiere a la situación, condiciones y relaciones de y entre mujeres y hombres, que nos lleva a visualizar y entender los efectos de una asignación sociocultural de roles, responsabilidades y valores, en sus condiciones de vida, sus oportunidades y sus posibilidades de realización personal. Es decir, permite entender causas, relaciones y tendencias."* (TOLENTINO, 1999)

Entonces, estamos hablando de roles "apropiados" para mujeres y hombres designados por la sociedad, así como construcciones sociales que tienen implicancias en el ámbito económico y laboral y, por tanto, en el derecho del trabajo.

Asimismo, según el informe "mujeres, empresas y ley 2021", del Banco Mundial, David Malpass, presidente del Grupo del Banco Mundial señala que, en promedio, mujeres tienen tres cuartas partes de los derechos legales otorgados a hombres.

Cabe señalar que, en el Perú, y toda vez que la situación no mejora, es necesario tomar medidas cruciales. Así, de acuerdo a lo señalado por Ñopo y Jaramillo, "el 44% de mujeres y 42% de hombres se encontraban trabajando antes de la pandemia en subsectores considerados no esenciales de forma tal que el impacto inmediato en términos de confinamiento general haría que las mujeres generen solo el 49% de lo que producían en condiciones regulares, sin perjuicio que la crisis sanitaria traería serios efectos en todos los mercados laborales. Solo en mayo 550,000 mujeres quedaron sin empleo lo que equivale a 1.8 veces más que en el caso de los hombres (INEI)." (ÑOPO, Mayo 2020)

Diversos organismos internacionales vienen anunciando el impacto negativo a las mujeres en materia laboral con ocasión del COVID-19. El último informe de la comisión interamericana de la mujer señala que "la emergencia derivada del COVID-19 está provocando impactos específicos sobre la vida de las mujeres, no solo porque se están profundizando las desigualdades de géneros ya existentes, sino porque puede implicar retrocesos inadmisibles en cuanto a los derechos alcanzados". (Mujeres, Agosto. 2020)

3. MARCO TEÓRICO

A lo largo del tiempo, el género ha sido considerado como un concepto que alude a las diferencias construidas socialmente entre mujeres y hombres, diferencias basadas en su biológica. Tal y como hemos señalado anteriormente, la sociedad – incluyendo la peruana- ha asignado responsabilidades, roles, funciones y valores distintos tanto a hombres como mujeres de acuerdo a su sexo biológico. Ello ha sido concentrado en una construcción social de lo que se puede concebir como roles tradicionales de género, originando que existan diferencias en la igualdad de oportunidades, así como en su acceso, acrecentando la brecha de género en desigualdades sociales y económicas.

A nivel social, existe el pensamiento de que las mujeres participan de diferente manera en las actividades económico productivas, y, por lo tanto, tienen una distinta valoración social y económica, razón por la cual se suele justificar

de manera arbitraria, una brecha salarial entre hombres y mujeres, así como el acceso a un puesto de trabajo.

Así, aparece el enfoque de género el cual es definido como una forma de "mirar la realidad identificando los roles y las tareas que realizan las mujeres y los hombres en una sociedad, así como las asimetrías, relaciones de poder e inequidades que se producen entre ellas y ellos, con el fin de conocer y explicar las causas que las producen y con ello, formular medidas (políticas públicas, mecanismos, acciones afirmativas, normas, etc.) que contribuyan a superar las brechas sociales producidas por la desigualdad de género." (MIMP, 2012)

En el año 1982, el Estado Peruano ratificó la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, estableciendo la igualdad de género como aquella obligación procurar que tanto mujeres y hombres tengan el mismo trato a los beneficios, obligaciones y oportunidades. Con la Ley de Igualdad de Oportunidades entre hombres y mujeres, Ley Nº28983, el Estado está obligado a adoptar todas las medidas requeridas para remover los obstáculos que impidan el ejercicio de los derechos en igualdad, así como incorporar todos los principios de la norma de forma transversal.

La pandemia ocasionada por la COVID 19 – una situación sin precedentes- ha obligado a que los Estados tomen medidas drásticas para prevenir el contagio masivo y evitar el desborde de los sistemas de salud, mediante el control epidemiológico. Sin embargo, tal y como se ha dejado en evidencia y se podrá observar más adelante, tanto el virus como cada medida adoptada tiene efectos diferenciados en las mujeres y los hombres.

La estructura de la sociedad que asigna distintos roles, espacios y atributos en razón al género, y que ocasiona la división sexual del trabajo, sigue estando vigente y se acentúa en crisis como la actual. La falta de incorporación del enfoque de género, tanto en medidas específicas como en la estructuración de la respuesta estatal, es un riesgo que puede ocasionar que las diferencias y brechas sociales crezcan y se mantengan post- pandemia.

Téngase en cuenta que nuestro marco constitucional establece que toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley y a no ser discriminada por cuestiones de ninguna índole (artículo 2) - nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole-, además se reconoce el derecho a gozar de una remuneración equitativa y suficiente (artículo 24). Dentro del ámbito laboral la

Constitución estipula que debe primar el principio de igualdad de oportunidades sin discriminación (artículo 26).

Por otro lado, en el marco internacional, podemos tomar en cuenta –de manera estricta- el Convenio N° 100 (1951) de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), referido a la igualdad de remuneración entre hombres y mujeres por trabajo de igual valor; así como el Convenio N° 111 (1958) de la OIT, referido a la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación.

Sin perjuicio de ello, resulta urgente analizar ciertas normas emitidas en pos de la reducción de la brecha de género, intentando minimizar algunos efectos negativos pre existentes y aquellos nacidos de las medidas de restricción de movilidad, reactivación económica, trabajo remoto, entre otros, emitidos como medida de control durante la Pandemia por COVID-19 en la vida de las mujeres.

4. DESARROLLO

El desarrollo legislativo en pro de la reducción de la brecha de genero existente, radica en las siguientes normas principales:

4.1. Pre pandemia

Desde el año 2017, en el Perú rige la Ley Nº 30709, Ley que prohíbe la discriminación remunerativa entre varones y mujeres. Esta norma establece la obligación de las empresas de contar con un sistema de evaluación y un sistema de remuneraciones que permita verificar que tanto la remuneración como la categoría, son otorgados bajo criterios objetivos tanto a hombres y mujeres, de manera objetiva que, tanto los incrementos como el lugar en el que está la trabajadora.

Asimismo, se establece la prohibición de despedir o no renovar los contratos de trabajos a aquellos trabajadores que se encuentren dentro del periodo de gestación o de lactancia, teniendo como motivo la condición de madres trabajadoras. Las obligaciones establecidas en esta norma se encuentran desarrolladas en su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 002-2018-TR.

Téngase presente que estas normas proclaman la existencia de 2 teorías, igual remuneración por igual trabajo, así como igual remuneración por trabajo de igual valor. Respecto a estas teorías, se debe señalar lo siguiente:

- Pago igual por trabajo igual lo cual supone la identidad de funciones gatilla el pago igual, con la dificultad principal de determinar cuando 2 trabajos son iguales.
- Pago igual por trabajo de igual valor lo cual supone trabajos distintos, pero de igual valor, es decir, las diferencias se permiten cuando existen diferencias en el valor del trabajo. La dificultad principal determinar el valor de un trabajo, mediante la evaluación de puesto de trabajo, asignando un valor numérico (capacidades y cualificaciones –educación, formación, experiencia-, responsabilidad, esfuerzo y condiciones de trabajo). En conclusión, empleos diferentes que tienen el mismo valor, determinan un pago igual.

La Ley N°30709 busca reducir estas brechas, no solo entre hombres y mujeres sino también entre las personas que ocupen posiciones similares, por ello, esta nueva ley ayudará a la formalización de empleos sobre todo en un país como el Perú, donde la tasa de informalización es superior al 70% y leyes como estas ayudan a que las pocas empresas que están formalizadas vayan avanzando en temas de salarios.

Esta norma, describe como objetivo lo siguiente: "Prohibir la discriminación remunerativa entre varones y mujeres, mediante la determinación de categorías, funciones y remuneraciones que permitan la ejecución del principio de igual remuneración por igual trabajo". Propugna el derecho a la igualdad salarial.

Por otro lado, la Ley de Prevención y Sanción del Hostigamiento Sexual, Ley N° 27942, tiene como objetivo prevenir y sancionar el hostigamiento sexual producido en las relaciones de autoridad o dependencia y en el ambiente laboral. Su reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 014-2019-MIMP establece las obligaciones de implementar todo el sistema de gestión contra el hostigamiento sexual, lo que implica haber realizado capacitaciones a los trabajadores, tener una política de prevención y tener un comité o supervisor de intervención frente a estos casos.

4.2. Durante pandemia

Entre las normas emitidas durante la pandemia por COVID-19 que merecen un especial análisis desde el punto de vista de la igualdad de género –igualdad de oportunidades-, se encuentran las siguientes:

- Decreto Legislativo N° 1499, mediante el cual se establecen medidas para garantizar y fiscalizar la protección de los derechos sociolaborales de las trabajadoras y trabajadores del hogar en el marco de la emergencia sanitaria por el COVID-19.

  Este era un asunto que arrastraba una necesidad de cambio y equiparación de condiciones respecto al régimen general de la actividad privada. Así se establece que las trabajadoras y los trabajadores del hogar debían contar con un contrato escrito, remuneración justa y equitativa, y tener 18 años como mínimo.

  Esta norma se ha visto reforzada con la adopción de la Ley No. 31047, Ley de las Trabajadoras y Trabajadores del Hogar, en septiembre del 2020.

- Ley No. 31051 (8 de octubre), que amplía las medidas de protección laboral para mujeres gestantes y madres lactantes en casos de Estado de Emergencia Sanitaria (EES). Así, respecto a las trabajadoras gestantes y en periodo de lactancia, se debe aplicar el trabajo remoto durante el Estado de Emergencia Sanitaria, debiendo para ello el empleador identifica a las trabajadoras gestantes y madres lactantes cuya integridad o la de su hijo/a son puestas en riesgo por las circunstancias que propiciaron el estado de excepción decretado, tanto para la exposición como para el contagio del COVID-19.

  Cuando la naturaleza de las labores de estas trabajadoras no sea compatible con el trabajo remoto y mientras dure el Estado de emergencia sanitaria, el empleador deberá asignar labores compatibles con las funciones que originalmente realizaban; o, de manera preferente, otorgar una licencia con goce de haber sujeta a compensación posterior. Se mantienen los derechos laborales, económicos y profesionales de estas trabajadoras.

  La asignación de labores que no pongan en riesgo la salud de la mujer gestante y/o el desarrollo normal del embrión y el feto, a través de cualquiera de las medidas señaladas, no afectará a los derechos laborales, económicos o profesionales de la trabajadora.

  Esta muestra la necesidad de proteger a un grupo de especial cuidado, procurando otorgar remuneración con la condición de cubrir

dichas horas de inactividad en el futuro mientras dure el estado de emergencia sanitaria.

- Es necesario tener en cuenta que si bien las mujeres gestantes no han sido consideradas como parte del grupo de riesgo por edad y factores clínicos establecido en el documento técnico denominado "Atención y manejo clínico de casos de Covid-19 – Escenario de transmisión focalizada", aprobado por Resolución Ministerial 084-2020-MINSA y sus modificatorias, para la aplicación de algunas medidas emitidas por el gobierno en el caso de la pandemia por COVID-19, como por ejemplo, en el caso de la suspensión perfecta de labores, se encontraban dentro de aquellos trabajadores respecto a las cuales no podía aplicarse la misma.

  En la plataforma para la solicitud de la Suspensión Perfecta de Labores, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, ha adicionado el siguiente requisito:

  > Por la presente declaro que en la relación de trabajador no se ha incluido personas vulnerables por razones de edad 60 años o más), por factores clínicos hipertensión arterial, enfermedades cardiovasculares, diabetes, obesidad, asma, enfermedad respiratoria crónica, insuficiencia renal crónica, enfermedad o tratamiento inmunosupresor, así como mujeres embarazadas, personas con discapacidad o personas que tienen familiares con discapacidad hasta el cuatro grado de consanguinidad o segundo de afinidad. O personas diagnosticadas con COVID 19.

  Como se aprecia, como requisito para poder enviar virtualmente la Suspensión Perfecta de Labores, la plataforma requiere realizar dicha declaración jurada que no correspondería a lo señalado de manera expresa por la ley ni el reglamento.

  Este nuevo requisito, como hemos revisado, no ha sido regulado por la ley, por lo que no debería ser considerado como requisito para tramitar la solicitud.

- Ley N° 31047, Ley de las trabajadoras y trabajadores del hogar, no solo abarca mujeres. El objeto de la Ley es regular la relación laboral de las personas que realizan trabajo doméstico y se denominan trabajadoras y trabajadores del hogar, en aras de prevenir y eliminar toda forma de discriminación en las condiciones de trabajo y empleo de quienes realizan trabajo doméstico, garantizar sus derechos

fundamentales, así como reconocer su significativa contribución al desarrollo social y económico del país.

Téngase presente que, en principio, este grupo de trabajadores se encuentra compuesto en su mayoría por mujeres. Así, entre las principales modificaciones se encuentran las siguientes que propugnan una igualdad de oportunidades con otros trabajadores del régimen general privado:

1. **Equiparación al régimen general de las Gratificaciones y compensación por tiempo de servicios**. En efecto, las trabajadoras y los trabajadores del hogar tienen derecho a gratificación por Fiestas Patrias y por Navidad, siendo cada una equivalente al monto total de la remuneración mensual. Cabe recordar que anteriormente, estas equivalían a 15 días de remuneración.

   Asimismo, las trabajadoras y los trabajadores del hogar tienen derecho a compensación por tiempo de servicios, tomando en cuenta el carácter especial de este régimen laboral, siendo aplicables las disposiciones más beneficiosas de la legislación de la materia a fin de obtener una equiparable al marco general.

2. **Vacaciones.** La trabajadora tendrá derecho a 30 días remunerados de descanso vacacional. Antes de esta norma, únicamente se otorgaba 15 días remunerados de descanso vacacional.

3. **Jornada ordinaria de trabajo.** Esta norma dispone que la jornada ordinaria máxima de trabajo es de ocho (8) horas diarias y de cuarenta y ocho (48) horas semanales. Asimismo, las trabajadoras del hogar contratadas a tiempo parcial tienen derecho a los beneficios laborales que otorga el régimen laboral de la actividad privada, siempre que el cómputo de la jornada de la semana laboral dividida entre los días trabajados resulte en promedio no menor de cuatro (4) horas diarias. Así, de la lectura literal de esta regulación, si la trabajadora labora 1 solo día, por 5 horas diarias, no será considerada como a tiempo parcial.

Estas normas y criterios han sido emitidos durante el Estado de emergencia sanitaria, representando, en algunas circunstancias, mejoras en la legislación logrando disminuir la brecha de género, así como un interesante criterio en aras

de brindar una protección especial a las trabajadoras gestante y lactantes ante el impacto del COVID-19.

5. Metas pendientes: post pandemia

En nuestro país, el estado de emergencia sanitaria por COVID-19 ha sido declarado hasta el 03 de septiembre de 2021 (Decreto Supremo N° 009-2021-SA), el cual está relacionado a la presencia del COVID-19 en nuestro país y en función a la toma de acciones de prevención, control y atención de salud. Ante ello, no es posible hablar de una etapa post pandemia, pero sí de metas laborales pendientes de solución que arroja este periodo:

De acuerdo a lo anteriormente señalado, corresponde que nuestro gobierno busque solución a los siguientes problemas en aras de reducir la brecha de genero existente:

(i) Medidas para lidiar con el problema de la sobrecarga laboral de las mujeres. Téngase presente que las mujeres que trabajan y tienen hijos en edad preescolar, y escolar necesitan un sistema de cuidado infantil que cumpla con todos los estándares de prevención y atención. La creación de centros de cuidados para menores podría contribuir a aliviar la desproporcionada carga que recae sobre las madres trabajadoras toda vez que son ellas las que sumen la labor del cuidado del hogar, aumentando las horas de trabajo.

Ello ha sido evidenciado en la pandemia por COVID-19, toda vez que entre las medidas dictadas por el gobierno se dispuso una cuarentena y paralización de actividades económicas, lo cual trajo consigo que la educación se lleve desde casa y la aplicación de trabajo remoto.

En el ámbito regular, las trabajadoras deben asumir la carga laboral desde la oficina o centro de trabajo, así como la carga del hogar, una vez que estas arriban a su domicilio, o deben hacerse responsables por el cuidado del hogar pudiendo ocupar únicamente trabajos a tiempo parcial.

En el corto plazo, hay que invertir tiempo y recursos en reabrir los centros de cuidado infantil y las escuelas de manera segura.

(ii) Medidas para proteger a las trabajadoras más vulnerables (como es el caso de las trabajadoras del hogar. Como hemos podido apreciar existe un primer paso iniciado con la emisión de Ley N° 31047, Ley de las trabajadoras y trabajadores del hogar, sin perjuicio de ello, requerirá del apoyo y vigilancia de su cumplimiento a través de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral, así como en su capacitación.

(iii) Por otro lado, y teniendo en cuenta el alto número de desempleo de mujeres, el gobierno debería adoptar una estrategia de capacitación laboral femenina, ya sea en función al desarrollo productivo, así como en la toma de conocimiento de los derechos y normas laborales que amparen en la protección de dicho grupo.

(iv) Asimismo, se debe continuar fortaleciendo la campaña para erradicar los estereotipos de género, en aras de lograr lo anunciado por Ley Nº 30709 y su reglamento.

(v) Téngase en cuenta que el COVID-19 ha transformado nuestras vidas y el trabajo remoto –vigente hasta el 31 de diciembre de 2021- y teletrabajo se han constituido, por el momento, en las formas regulares de trabajo, lo cual puede ser una valiosa oportunidad para "desestereotipar" los roles de género de género que están presentes aun en el mundo o generar una carga superior en términos de limitación de uso de horas laborables.

Una incorrecta regulación, la falta de la misma, o la falta de fiscalización de parte de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral podría aumentar la existencia de horas de trabajo no remuneradas, estrés sobre conciliación laboral u vida privada, violencia de genero recrudecida por el confinamiento.

En el Perú, actualmente se encuentra en discusión la aprobación de un nuevo proyecto de ley sobre el teletrabajo.

Estas necesidades resultan ser de primera índole para su revisión en función a disminuir las brechas de genero existentes, así como necesarias para aliviar los efectos de la pandemia, pero pueden resultar insuficientes para construir una economía más equitativa e inclusiva. Por otro lado, para mejorar la situación de las mujeres en el mercado laboral solo será posible si se toma un enfoque

integral y transversal. Así, estas acciones deben combinarse con cambios que impactarán la situación laboral de las mujeres en el futuro.

Por ejemplo, el Banco Interamericano de Desarrollo, enfoca el desarrollo de las siguientes medidas en aras de disminuir la brecha de género (RIPANI, 2021):

- Crear incentivos para las empresas que estén comprometidas en incrementar y mejorar la empleabilidad y el empleo de las mujeres.
- Cerrar las brechas de género en el desarrollo de habilidades digitales y otras competencias clave para acceder a los empleos del futuro, en áreas como energía sostenible, economía digital, empleos verdes y economía plateada.
- Implementar regulaciones que mejoren el funcionamiento del mercado laboral, incluyendo acuerdos de trabajo flexible (como el teletrabajo y el trabajo remoto), licencias parentales para hombres y mujeres, y un mayor y mejor acceso a servicios de cuidado de calidad.

Por otro lado, es necesario resaltar que en el contexto de la propagación del COVID-19, varios gobiernos implementaron medidas para abordar algunos de los impactos de la pandemia en las mujeres trabajadoras.

Por ejemplo, el Banco Mundial realizó una serie de encuestas a gobiernos en aras de verificar dichas medidas, lo cual fue recabo en el informe "Mujeres, empresas y la Ley 2021". Entre estos esfuerzos, se identificó que "menos de una cuarta parte de todas las economías encuestadas en el informe garantizaban legalmente a los padres con empleo algún tiempo libre para el cuidado de los niños antes de la pandemia. Con el cierre de los colegios, casi 40 economías más en todo el mundo incluyeron políticas de licencias o beneficios para ayudar a los padres con el cuidado de sus hijos". (MUNDIAL, 2021)

En efecto, Mari Pangestu, directora general de políticas de desarrollo y asociaciones del Banco Mundial, señaló lo siguiente:

> *"Si bien es alentador que muchos países hayan tomado medidas de manera proactiva para ayudar a las mujeres a superar la pandemia, está claro que se necesita más trabajo, especialmente para mejorar la licencia parental e igualar el salario".* (MUNDIAL, 2021)

Estos temas deberán ser materia de análisis y metas a tomar en cuenta en un escenario post pandemia. Así, el COVID-19 puede constituirse en una

oportunidad de cambio para "normalizar" las responsabilidades familiares entre mujeres y hombres, que permita a ambos el desarrollo de sus objetivos profesionales en igualdad de oportunidades.

Asimismo, es necesario poner atención en las medidas que se implementen para disminuir la brecha de género en el sector informal, el cual ha crecido enormemente durante la etapa de pandemia. A la fecha, cualquier medida tomada por el gobierno, únicamente se ha dirigido al sector formal de la economía, es decir, a la mitad del 30% de la población económicamente activa.

6. CONCLUSIONES

Durante el estado de emergencia sanitaria, se han emitido normas y criterios que representan, en algunas circunstancias, mejoras en la legislación logrando disminuir la brecha de género, así como un interesante criterio en aras de brindar una protección especial a las trabajadoras gestante y lactantes ante el impacto del COVID-19.

Por otro lado, de acuerdo a lo evidenciado, es necesario continuar en el proceso de eliminación de la brecha de género, teniendo en cuenta tanto el sector formal como el informal.

Asimismo, también es importante equiparar los derechos otorgados y eliminar las diferencias en función a las construcciones sociales de lo que debería corresponder a un hombre o a una mujer, enfatizando las medidas dirigidas a homogeneizar las responsabilidades de ambos grupos compatibilizando la vida familiar y la laboral.

7. BIBLIOGRAFÍA

AVOLIO, B. y. (2020). La revolución de las mujeres. ¿Somos las mismas en 10 años? *CENTRUM PUCP*.

Informática, I. N. (2020). Encuesta Nacional de Hogares (ENAHO).

MIMP. (2012). *Marco Estratégico Regional de Género del PNUD en América Latina y El Caribe 2005 a 2009.* Lima: Plan Nacional de Igualdad de Género 2012- 2017.

MOZOMIBITE, L. (06 de septiembre de 2020). El 70% de trabajadores del hogar fueron despedidas debido a la crisis por COVID-19. (R. Gestión, Entrevistador)

Mujeres, C. i. (Agosto. 2020). COVID-19 en la vida de las mujeres: Emergencia Global de los cuidados.

MUNDIAL, B. (2021). Mujeres, Empresas y la Ley 2021.

Neves Mujica, J. (2018). *Introducción al Derecho del Trabajo* (Cuarta ed.). Lima: Fondo Editorial PUCP.

ÑOPO, H. y. (Mayo 2020). Impactos de la epidemia del coronavirus en el trabajo de las mujeres en el Perú.

RIPANI, L. y. (2021). COVID-19: Una oportunidad para transformar el empleo femenino.

TOLENTINO, N. (1999). Género y equidad: avances y tareas pendientes. *Agenda Internacional*, 199.

UNIDAS, O. D. (2020). *Pardee Centre for International Futures.* Universidad de Denver.

LA PROTECCIÓN JURÍDICO-LABORAL DE LA MUJER EN EL PERÚ EN EL CONTEXTO AMERICANO DE COMIENZOS DEL SIGLO XX

LUZ PACHECO ZERGA

Doctora en Derecho por la Universidad de Navarra. Profesora Ordinaria Principal de Derecho del Trabajo en la Universidad de Piura (Perú) y Coordinadora del Programa de Formación Docente de la misma universidad en campus Lima.Perú. Vocal del Tribunal Nacional de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (SUNAFIL).

ABSTRACT: The protection of women at work has its roots, in America, not in the laws of the twentieth century, but even in the sixteenth century. This research presents the panorama of this protection, with a brief reference to the Laws of the Indies, to then expose the main norms that were promulgated in the early twentieth century in Peru and in some South American countries, in which a similar development due to its Ibero-American roots. It ends with a reference to development in the United States where, unlike in other countries, the benefits were not granted by laws, but by agreements with unions or judicial decisions.

KEYWORDS: woman, working mother, nondiscrimination, motherhood, work.

El Perú es un país latinoamericano con una larga tradición de protección a la mujer en el trabajo, que se remonta a las Leyes de Indias de 1515 y que se reflejaron, luego de la independencia del país, en la Constitución y las leyes de comienzos del siglo XX. La única constitución que antecede a la peruana en el reconocimiento de los derechos laborales en general, y de la mujer en particular, fue la mexicana de 1919. La constitución peruana de 1920 estableció el deber del Estado de regular las condiciones de trabajo y económicas teniendo en cuenta la naturaleza de las labores y el sexo de los trabajadores. El carácter protector de la legislación laboral de comienzos del siglo XX responde a que fueron los primeros años en que la mujer abandonaba las tareas propias de la vida privada para incursionar en la vida pública.

Luego de estudiar las normas de rango constitucional y legal de México, Argentina, Chile, Colombia y Estados Unidos, queda en evidencia que el derecho anglosajón, basado en el liberalismo filosófico y económico, dejó a la autonomía de la voluntad pactar los derechos sociales, sea de manera individual o a través de los sindicatos. De allí que no existan en Estados Unidos normas laborales, de tipo estatal, para proteger a las mujeres y evitar la discriminación por motivo de la maternidad. La presente investigación pone también de manifiesto que la cultura jurídica de los primeros años de la República, si bien seguía los parámetros de la época, al despuntar el siglo XX, principalmente por el decidido compromiso del presidente José Pardo y Barreda y de su Ministro de Trabajo, José Matías Manzanilla, la protección jurídica de la mujer trabajadora ha sido una constante,

orientada a acortar la brecha de género y contar con la participación de la mujer en todos los sectores de la vida pública.

1. LA FUNCIÓN SOCIAL DEL TRABAJO EN EL PERÚ DEL SIGLO XIX Y SU REGULACIÓN JURÍDICA

Cuando el 28 de julio de 1821 el general San Martín declara la independencia del Perú, Europa se encuentra en plena efervescencia de las ideas liberales, que imponían el *laissez faire* (dejar hacer) del Estado en el ámbito contractual, a fin de que las partes fijaran las condiciones de los pactos, de acuerdo a la autonomía de la voluntad. Por esa razón, las relaciones jurídicas que surgían por la celebración de contratos de trabajo se regulaban por las prescripciones del Código Civil, que presumía la igualdad de las partes y no contenía normas que equilibrasen la desigual posición contractual del trabajador y del empleador.

Por contraste, en el Virreinato del Perú, los monarcas españoles habían velado de modo particular por las condiciones de vida y trabajo de los indios, no sólo prohibiendo la esclavitud[1], sino reglamentando las relaciones de trabajo para lograr un trato adecuado y un jornal justo[2], con una visión de gradualidad en la meta de lograr la defensa de la salud y del bienestar físico y espiritual de los indios, en base a un sistema de tutela, que resulta sorprendente por su clarividencia.

Los derechos reconocidos por España a los autóctonos de América eran desconocidos para los europeos y para los mismos españoles, como la jornada máxima diaria de siete horas diarias y cuarenta y siete horas semanales para el trabajo en las minas y de cuarenta y ocho para las demás labores. Se ha afirmado, con autorizada opinión que, al reglamentar las diversas ocupaciones se advierte que esas disposiciones se interesaban "sobre todo por el aspecto humano de éstas

1 Por la Cédula Real de 20 de junio de 1500, la Reina Isabel ordenó que fueran puestos en libertad los indios llevados a España y que los regresasen a América, a sus lugares de origen. Ubicado en https://hispanoamericaunida.com/2013/06/16/isabel-la-catolica-y-el-indio-americano/ y en https://www.historia.com/magazine/20-junio-1500-mediante-una-real-provision-prohibe-la-esclavitud/

2 Sirva de ejemplo la siguiente dada por Don Felipe, en S. Lorenzo, 8 julio 1577, Ley X: "Que los caciques paguen jornales a los indios que trabajaren en sus labranzas. Con mucho cuidado dispongan y provean y den las órdenes más convenientes para que los indios sean pagados y no les falte cosa alguna del precio que sus jornales, no intervenga engaño o fraude". Zamora y Coronado, José María (1844): *Biblioteca de legislación ultramarina en forma de diccionario alfabético.* (Madrid, Alegría y Charlaín) p. 153 Ubicable en https://books.google.com.pe/books

{ocupaciones} antes que por el aspecto patrimonial, al revés de la orientación legada por el sistema jurídico creado por Roma. Las leyes de Indias constituyen la primera máquina legislativa, que ve en el trabajo una relación humana antes que una relación meramente patrimonial. Se adelanta a su época; parece que se inspirase en los modernos principios del Derecho del trabajo de nuestros días"[3].

El que luego no se cumplieran en muchos* casos con esta normativa, no resta mérito a su existencia y pone en evidencia, que la leyenda negra sobre los abusos de los españoles tiene mucho de hipérbole y de desconocimiento de la naturaleza humana, pues los abusos que comprobamos en esa época, se siguen produciendo en el siglo XXI entre connacionales o frente a los migrantes. Lamentablemente, no es cuestión de nacionalidad: lo es de la condición humana, sea cual sea su raza u origen.

Mencionamos estas cuestiones porque resulta contrastante que esa regulación, que hubiera podido ser recogida en la nueva república para bien de sus ciudadanos, más bien, cediera espacio a las ideas liberales, reflejadas en los

3 Montenegro Baca, José 1982):MONTENEGRO BACA, José, "Las leyes de Indias, el primer código de trabajo en el mundo," *Revista de trabajo*, no. 65 (1982): 77-86.. Muestra de ello son las Leyes de Valladolid de 1513, que transcribo -aunque la cita sea larga- porque establece una protección especial para las madres y los menores de edad: "Primeramente, hordenamos y mandamos que las mugeres yndias casadas con los yndios que están encomendados por repartymiento, no sean obligadas de yr ny venir a servir con sus maridos a las mynas ny a otra parte alguna syno fueren por su voluntad dellas o sy sus maridos las quisyeren llevar consigo/, pero que las tales mugeres sean conpelidas a travajar en/ sus propias haziendas y de sus maridos o en la (sic) de los espa/ñoles, dándoles sus jornales que con ellas o con sus maridos/ se convenyeren, salvo sy las tales mugeres estuvieren pre/ñadas porque con estas tales mandamos que se goarde la hor/denança que sobre ésto por Nos está hecha, so pena que el/ que lo qontrario hiziere, demás de la pena que está puesta/ en la hordenança, pierda la yndia que asy hiziere e trava/jare y a su marido y a sus hijos y sean encomendados a otro.

Yten, hordenamos y mandamos que los nyños e nyñas yndios/ menores de quatorze años no sean obligados a servir/ en cossas de travajo hasta que ayan la dicha hedad y dende/ arriva, pero que sean conpelidos a hazer y servir en cosas que los niños puedan conportar bien, como es en deservar/ las heredades y cossas semejantes en las haziendas de/ sus padres, los que los tovieren, y los mayores de quatorze/ años estén devaxo del poderío de sus padres hasta que/ sean de legítima hedad y sean cassados, y los que no tovieren/ padres ni madres mandamos que sean encomendados/ por la persona que para ello toviere nuestro poder, y los encargue a per/ssonas de buena conciencia que tengan cuydado de los hazer ense/ñar y dotrinar en las cosas de nuestra santa fe, y se aprove/chen dellos en sus haziendas en las cosas que por los nuestros/ juezes de apelación que allí tenemos fueren determinadas que/ pueden travajar syn quebrantamyento de sus per/sonas, con tanto que les den de comer y les paguen sus jorna/les conforme a la tasa que los dichos nuestros juezes determyna/ren que deven aver y con que no los enpidan a las horas/ que ovyeren de aprender la dotrina cristiana, y sy alguno de los/ dichos mochachos quesyere aprender ofiçio lo pueda libre/mente hazer, y éstos no sean conpelidos a hazer/ ny travajar en otra cossa estando en el dicho oficio".

Códigos del siglo XIX, que trajo consigo graves deficiencias en la organización del trabajo, la distribución del poder y la riqueza en el sistema social[4]. Y llevó a una reacción social en serie, a fines del siglo XIX y comienzos del XX, que dio origen al Derecho del Trabajo.

El siglo XIX no se caracterizó ni por su aprecio al trabajo manual ni por el aporte que la mujer podía dar a la vida pública. Muestra de ello es que la Constitución de 1823 establece como condición para ser ciudadano "Tener una propiedad, o ejercer cualquiera profesión, o arte con título público, u ocuparse en alguna industria útil, sin sujeción a otro en clase de sirviente o jornalero."[5]. No se consideraba denigrante el trabajo subordinado en general, ya que se establecía como causal de suspensión del ejercicio de la ciudadanía el "no tener empleo, oficio o modo de vivir conocido"[6]. Por tanto, era el trabajo manual el considerado hasta cierto punto indigno y, en consecuencia, quienes lo realizaban eran, por así llamarlos, ciudadanos de segunda categoría.

Sin embargo, la conciencia social de los peruanos se fue sensibilizando ante las grandes masas de proletarios e, incluso de empleados, que trabajaban sin las medidas de seguridad, salud o higiene necesarias, ni gozaban del necesario descanso. Por eso, el Perú es uno de los países pioneros en América en reconocer una serie de derechos laborales y de incorporarlos inclusive en el texto constitucional. Nació así en nuestro país una rama nueva del Derecho, que puso límites al capitalismo liberal del siglo XIX, aunque tuvo que esperar a la segunda mitad del siglo XX para alcanzar su máximo desarrollo. Tuvo un papel hegemónico en la vida social, que cambió la percepción que sobre el trabajo había hasta ese momento[7]. "Al limitar las exigencias del mercado en atención al respeto debido a la dignidad humana se convirtió en referente obligado para

4 Ver. MONTOYA MELGAR, Alfredo, *Derecho del Trabajo*, 24 ed. (Madrid: Tecnos, 2003) 30., Ver también ALONSO OLEA, Manuel / CASAS BAAMONDE, Mª Emilia, *Derecho del Trabajo*, 20 ed. (Madrid: Civitas, 2002) 39., En el Perú sucedió algo similar, ver por todos, RENDÓN VÁSQUEZ, Jorge, *Derecho del Trabajo (individual). Relaciones individuales en la actividad privada*, 4a ed. (Lima: Edial, 1995).

5 Artículo 17, 4. El subrayado no es del original. Todas las referencias a las Constituciones del Perú se han obtenido en el portal del Congreso de la República: http://www4.congreso.gob.pe/dgp/constitucion/constituciones-peru.htm

6 Art. 24, 4.

7 CASTEL, Robert, *Las metamorfosis de la cuestión social. Una crónica del salariado*, trans. Jorge Piatigorsky, *Estado y Sociedad* (Buenos Aires: Paidós, 1995)., especialmente la Segunda Parte: Del contrato al estatuto.

la estructuración jurídico-social"[8]. Y en esa nueva estructuración, se estableció una protección especial a la mujer trabajadora, que analizaremos con detalle en el siguiente apartado.

Las leyes laborales más importantes para el Perú, sobre las cuales se ha vertebrado esta rama del ordenamiento en el país, se promulgaron en los gobiernos de José Pardo y Barreda (1904 - 1908 y 1915 - 1919), con la ayuda de un catedrático de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, José Matías Manzanilla.

La primera norma propiamente laboral en el Perú, y probablemente en toda América Latina, fue la Ley N° 1378 (24 enero 1911), sobre accidentes de trabajo, que introdujo la responsabilidad objetiva por riesgo, trasladando la responsabilidad al empleador por los accidentes que pudieran ocurrir durante el trabajo o con ocasión de él.

El año 1918 constituyó un hito importante en el desarrollo del Derecho del Trabajo en el Perú porque la Ley 2760 estableció la inembargabilidad de sueldos y pensiones de los empleados públicos, así como de los salarios de obreros, salvo por deudas alimentarias y, en este caso, hasta la tercera parte del haber o pensión. Otra ley muy importante fue la 2851 porque estableció un marco de protección para el trabajo de mujeres y menores. Por su parte, la Ley 3010 estableció el descanso remunerado para los domingos y días feriados. Finalmente, la Ley 3019 estableció la obligación de los empresarios de dotar de vivienda a los obreros y sus familiares, en caso que el establecimiento industrial estuviera ubicado a más de un kilómetro de un centro poblado. Otra conquista, lograda después de manifestaciones y huelgas, fue el reconocimiento de la jornada máxima legal de ocho horas en 1919.

A continuación, analizaremos cómo se concretó la protección jurídica a la mujer trabajadora en el Perú, México, Chile, Argentina, Colombia y culminaremos con una breve referencia a Estados Unidos, que pondrá de manifiesto la diferencia profunda en cuanto a protección social se refiere entre el sistema anglosajón y el continental.

8 PACHECO ZERGA, Luz, "La naturaleza del contrato de trabajo en el marco de la globalización," *Asesoría Laboral*, no. 235 (2010): 20.

2. LOS DERECHOS DE LA MUJER EN EL TRABAJO EN LA PRIMERA MITAD DEL SIGLO XX

La protección de la mujer en el trabajo "ha sufrido una rápida transformación desde mediados del siglo pasado, como consecuencia de la mejor comprensión del valor del trabajo, así como de la identidad femenina y del reparto de las responsabilidades en la vida familiar y social"[9].

Superado el abstencionismo estatal que había permitido sistemas de trabajo propios de la servidumbre, incompatibles con la dignidad humana y, por tanto, con el desarrollo social[10], la sociedad se abocó a mejorar las condiciones económicas y de trabajo de las clases más necesitadas. Por esa razón, la Constitución de 1920 se refiere al trabajo en siete oportunidades y no sólo declara la libertad de trabajo, sino que establece el deber del Estado de legislar "sobre la organización general y la seguridad del trabajo industrial y sobre las garantías en él de la vida, de la salud y de la higiene". Así como para fijar "las condiciones máximas del trabajo y los salarios mínimos en relación con la edad, el sexo, la naturaleza de las labores y las condiciones y necesidades de las diversas regiones del país"[11]. Y establece el carácter obligatorio de la indemnización de los accidentes del trabajo en las industrias, que deberá hacerse "efectiva en la forma que las leyes determinen"[12].

Se aprecia entonces, que no sólo se reconoce la importancia del trabajo para la vida social sino que se ordena discriminar por factores objetivos las retribuciones, a fin de compensar a cada quien según el esfuerzo que realice en el trabajo y no de un modo igualitario, que es lo opuesto a la justicia.

En consecuencia, "esta protección tuvo matices especiales en los casos de la mujer y de los jóvenes (adolescentes y niños), a quienes se les consideraba especialmente débiles para negociar y prácticamente forzados a realizar una actividad necesaria pero no deseable para su condición o edad –la del trabajo- que,

9 PACHECO ZERGA, Luz, "La protección de la mujer trabajadora en el Ordenamiento peruano," *Gaceta Jurídica*, no. 120 (2003): 13.no. 120 (2003

10 El Preámbulo de la Constitución francesa de 1791 refleja el "dogma" filosófico rousseauniano, de que "los hombres nacen y permanecen libres y son iguales", que en los años que siguieron a la Revolución Industrial cristalizó en contratos de trabajo en condiciones muy duras para los trabajadores, con jornadas de trabajo de más de 12 horas diarias, falta de descansos periódicos, falta de atención patronal en temas de seguridad e higiene, así como salarios de hambre, especialmente en el caso de la contratación femenina y de menores de edad.

11 Art. 47.

12 Art. 47.

por tanto, debía prohibirse o limitarse en beneficio de esos trabajadores y de la sociedad en su conjunto"[13]. No podemos olvidar que en los cánones de la época la mujer y los menores deberían estar gozando de la tranquilidad del hogar y no exponerse a trabajos que pudieran poner en riesgo su salud o integridad personal.

He puesto de manifiesto, hace ya varios años que "la tendencia a nivel mundial –hasta la década de los años ochenta del siglo pasado- fue la de prohibir el trabajo femenino en determinadas circunstancias, en particular las relacionadas con la maternidad o con la menor fuerza física de la mujer[14]. Por eso, cuando en 1919 la Organización Internacional del Trabajo[15] empieza sus actividades, adoptó seis convenios, dos de los cuales se refieren al trabajo de la mujer. Uno de ellos[16] lo prohibió durante las seis semanas posteriores al parto y el otro[17], impidió la realización de trabajo nocturno. Posteriormente se prohibió también el trabajo subterráneo en las minas[18]"[19].

En el Perú desde 1918, "la Ley 2851[20] a lo largo de 43 artículos, ya había establecido una protección especial para las mujeres en el trabajo en diferentes aspectos: jornadas, maternidad, trabajo nocturno, a domicilio, en la vía pública, etc.[21]. Esta norma asemeja un Codex del trabajo femenino y, adelantándose considerablemente a las disposiciones sobre estas materias en otros países de la región, prohibió trabajos considerados dañinos para la mujer y estableció beneficios –respecto a la protección a la maternidad- superiores a los de los Convenios de la OIT"[22], que tuvieron con el transcurso de los años, un efecto no deseado,

13 PACHECO ZERGA, Luz, "La protección de la mujer trabajadora en el Ordenamiento peruano," 13.

14 No sin un asomo de ironía el maestro Alonso Olea, destacó en una oportunidad, que esa falta de "robustez"no es incompatible con que sea más fuerte que el hombre, como lo demuestra "su superior longevidad doquiera". ALONSO OLEA, Manuel, "El trabajo de la mujer en el Derecho Español," *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, no. 72 (1995).

15 En adelante OIT

16 Convenio 3.

17 Convenio C-89, artículo 3: "Las mujeres, sin distinción de edad, no podrán ser empleadas durante la noche en ninguna empresa industrial pública o privada, ni en ninguna dependencia de estas empresas, con excepción de aquellas en que estén empleados únicamente los miembros de una misma familia", con algunas excepciones, taxativamente previstas.

18 Convenio 45.

19 PACHECO ZERGA, Luz, "La protección de la mujer trabajadora en el Ordenamiento peruano," 16.ecord></Cite></EndNote>

20 23.XI.1918

21 Ver Anexo I del Convenio..

22 PACHECO ZERGA, Luz, "La protección de la mujer trabajadora en el Ordenamiento peruano," 14.

pues encarecieron la mano de obra femenina. Mencionamos a continuación algunas de estas disposiciones[23]:

a) **El trabajo nocturno**: Se prohibió el trabajo de la mujer entre las 8:00 p.m. y las 7:00 a.m., salvo el de los espectáculos públicos, siempre y cuando fuera mayor de 18 años . Asimismo, se estableció una excepción respecto al trabajo de servicio hospitalario sin que excediera de ocho horas[24]. En 1945 el Estado peruano ratificó los Convenios 04 (1919) y 41(1941) sobre trabajo nocturno de mujeres, que confirmaban los derechos existentes en esta materia. Sin embargo, en la segunda mitad del siglo XX la realidad social obligó a muchos Estados, entre ellos el Perú, a denunciar estos Convenios que habían caído en desuso porque la capacidad de la mujer para trabajar de noche, en labores acordes con su naturaleza femenina, es igual o mayor que la del varón y no implica un daño específico[25].

b) **Trabajos subterráneos, en minas y canteras**: Estos trabajos fueron prohibidos por considerarlos peligrosos para la salud y las buenas costumbres. La Ley 2851 no estableció excepciones a estos supuestos, por lo que la ratificación del Convenio 45 de la OIT significó, más bien, una flexibilización, por las excepciones previstas en el artículo 3º, que permitió el acceso a las mujeres en las zonas subterráneas de las minas, en los siguientes casos:

   (a) a si ocupaban un cargo de dirección y no realizaban un trabajo manual;

   (b) si estaban empleadas en servicios de sanidad y en servicios sociales;

   (c) si durante sus estudios, realizaban prácticas para su formación profesional;

   (d) a cualquier otra mujer que ocasionalmente tuviera que bajar a la parte subterránea de una mina, en el ejercicio de una profesión que no fuera de carácter manual.

23 Sobre algunos de los datos que se comentan a continuación ver ibid., 16 y ss.

24 Arts. 6 y 26.

25 Las denuncias han aumentado al empezar el siglo XXI. Sigue vigente en la mayoría de los países tan distintos como México, Argentina, Suiza o Japón. El Perú denunció ambos Convenios en 1996.

Es oportuno recordar que la Declaración sobre la igualdad de oportunidades y de trato para las trabajadoras de la OIT tuvo lugar en 1975, por la que los países miembros se comprometieron a favorecer la integración de las mujeres en la fuerza de trabajo en pie de igualdad con los hombres, para lo cual debían adoptar "todas las medidas necesarias para fomentar su distribución más equilibrada y justa en los distintos sectores de la economía, en los diversos ramos y ocupaciones y en los distintos niveles de calificación y responsabilidad"[26]. Gracias a lo cual paulatinamente se han mejorado las normas de seguridad y salud, facilitando así el trabajo de las mujeres en las minas.

c) **Trabajo en domingos días festivos y sábados en la tarde**: El Art. 11 de la Ley 2851 prohibió el trabajo de las mujeres en estos días. Estas disposiciones fueron cayendo en desuso y luego derogadas al no establecerse diferencia entre el varón y la mujer en las normas laborales de carácter general.

d) **El derecho de la mujer a descansar antes y después del parto**: La mujer tenía derecho a gozar de una licencia, veinte días antes del parte y cuarenta días, después. Durante ese tiempo, el empleador estaba obligado a pagar el 60% de su remuneración, salvo que hubiese optado por contratar algún tipo de seguro, que cubriera esta contingencia. Sin embargo, la mujer perdía este beneficio si durante ese período trabajaba en labores distintas a las domésticas en su propio hogar[27].

   Hoy en día, al haber ratificado el Perú el Convenio 183 sobre protección a la maternidad, los empleadores están prohibido de despedir a una mujer que esté embarazada, o durante la licencia por maternidad, durante un año desde el nacimiento de su hijo, excepto por motivos que no estén relacionados con el embarazo, el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia. En estos casos, la carga de la prueba de que los motivos del despido no están relacionados con las cuestiones antes mencionados, corresponde al empleador, que no podrá despedir a una mujer embarazada[28].

26 O.I.T., "Declaración sobre la igualdad de oportunidades y de trato para las trabajadoras," (Ginebra: O.I.T., 1975).

27 Ver. arts. 14 a 17.

28 Ver. Ley 30709, art. 6.

e) **El permiso por lactancia:** La importancia de la lactancia materna para la seguridad emocional del niño y su mejor desarrollo físico se encuentra ampliamente demostrada y documentada en nuestra época. Por eso, sorprende –una vez más- la clarividencia del legislador en 1918 cuando estableció el derecho de la mujer a ausentarse durante una hora –más el tiempo de traslado al lugar donde se encontrase su hijo- a fin de amamantarlo. Estableció el carácter irrenunciable de este beneficio y la obligación de pagar el salario por el tiempo concedido para este fin[29].

En el año 1995, al modificarse la Ley de Fomento al Empleo, se dio inicio a lo que se ha denominado la "desregulación" del Derecho del Trabajo en el Perú[30]. En esa fecha se derogó la Ley 2851, sin establecerse en otra norma el derecho al permiso de lactancia, ni los demás establecidos en ella[31]. Hubo que esperar al año 1999 para que se recuperara el permiso por lactancia[32]. En sucesivas normas se han mejorado las condiciones iniciales, por lo que, en la actualidad, si el parto es múltiple, el derecho se amplía en una hora adicional y el tiempo empleado se considera como trabajado para todos los efectos legales[33].

f) **Despido:** El despido de la mujer dentro de los tres meses anteriores o posteriores al parto, sin justa causa, estaba penalizado con el pago de una indemnización especial, consistente en noventa días de salario, que se adicionaba a la que establecía el régimen general de indemnización por despido[34]. Además, toda mujer, aun cuando no estuviese embarazada, gozaba de una indemnización especial en caso de despido, consistente en dos sueldos, si eran empleadas o 50 jornales, si eran obreras[35]. El derecho a la indemnización especial desapareció al derogarse la norma en el año 1995, pero la protección por el despido en cambio, se blindó con la Ley 30709, que concretó en el ordenamiento nacional la ratificación del Convenio 183 de la OIT.

29 Ver. art. 21.
30 Ver- Ley 26513.
31 Ver. Ley 26513, Primera Disposición Final.
32 Ver. Ley 27240.
33 Ver Ley 28731 y Ley 27403.
34 Ver. Ley 2851, art. 18.
35 Ver. Ley 4239, última parte del artículo único.

g) **Jornada:** La jornada no debía exceder de ocho horas diarias y cuarenta y cinco semanales[36]. El trabajo en días sábados o en días no feriados no debía superar las cinco horas pero el jornal no tenía recargo alguno[37].En caso hubiesen trabajado en día sábado en la tarde, necesariamente debían descansar el día lunes en la mañana[38]. Además, debían gozar de dos horas de descanso continuo al mediodía[39] y de un día de descanso semanal en todos los casos[40]. Todas estas medidas desaparecieron en 1995[41] y no fueron sustituidas, ya que no parece haber justificación suficiente para esta medida de discriminación positiva, que además tenía un efecto perverso al encarecer la mano de obra femenina, que dificultaba su acceso al trabajo.

h) **Asiento en el trabajo:** El empresario estaba obligado a proporcionarles "asiento cómodo" a fin de evitar que estuvieran de pie durante la jornada[42]. Esta disposición que hoy en día causa extrañeza, fue conocida como "la ley de la silla" en Europa, en donde era obligatoria en España, Alemania, Bélgica, Inglaterra, Australia y algunos cantones suizos, al menos desde 1912[43]. La presencia de la mujer en talleres e industrias había llevado a higienistas y sociólogos a mejorar las condiciones laborales de la mujer en atención a su particular fisiología, en cuanto a esfuerzo físico se refiere y habían concluido en la necesidad de que no permaneciese de pie durante la jornada de trabajo[44].

36 Ver. art. 5.

37 Ver. art. 11.

38 Ver. Ley 4239, art. único.

39 Ver. art. 8.

40 Ver. art. 11.

41 Con la ya mencionada derogación de la Ley 2851.

42 Ver. art. 19.

43 Ver. ESPUNY I TOMÁS, María Jesús ; GARCÍA GONZÁLEZ, Guillermo, "Protección o discriminación? A propósito de la Ley de la silla," *Universitas. Revista de filosofia, derecho y política,* , no. 11 (2010): especialmente el segundo capítulo.

44 "Diferentes estudios higiénicos y sanitarios habían probado que el trabajo de pie podía provocar congestión en los ovarios y en la matriz, dando lugar a abortos y partos prematuros. Además, el trabajar largas horas en posición vertical ocasionaba a la mujer deformidades en la pelvis y en los pies, pudiendo degenerar en graves enfermedades. Se entendía que todo ello causaba un perjuicio de trascendencia social". Espuny i Tomás, María Jesús y García González, Guillermo (2010): "¿Protección o discriminación? A propósito de la Ley de la silla*", Universitas. Revista de filosofia, derecho y política,* N°11, p.46

Lamentablemente, este derecho, en lugar de extenderse a los varones como ocurrió en otros países[45], desapareció por completo, al derogarse la Ley 2851, como si los estudios científicos hubieran demostrado que ya no era perjudicial a la salud permanecer toda la jornada de pie. Por el contrario, un reciente estudio confirma el alto riesgo a daños musculoesqueléticos a los que se encuentran expuestos los trabajadores, en ese caso varones, por laborar de pie en forma continua[46]. A la vez, no se han publicado estudios que desmientan lo demostrado a comienzos del siglo pasado respecto a los daños que produce en la mujer.

i) **Indemnización en caso de accidente**: En este supuesto la indemnización se elevaba en un 25% sobre la tarifa general[47]. Hoy en día no existe diferencia tarifaria en materia de accidentes, por aplicación del principio de igualdad ante la ley, ya que no existe una justificación, que justifique un trato diferente.

j) **Sala-cuna:** Las empresas en las que trabajasen más de 25 mujeres mayores de 18 años debían contar con una sala cuna debidamente acondicionada para amamantar a sus hijos hasta que cumplieran un año de edad. Los empleadores podían unirse para poner una sala-cuna que fuera común a varias empresas[48].

Con el paso de los años los sindicatos fueron consiguiendo, mediante convenios colectivos, que se ampliara el servicio al de guardería infantiles, en el que podían dejar a sus hijos mientras trabajaban. Lamentablemente todo esto desapareció en el año 1995, sin dar una alternativa, como hubiera podido ser trasladar la responsabilidad a las municipalidades, dificultando aún más la conciliación de las responsabilidades familiares con las profesionales. Un proyecto de ley presentado en el año 2000 intentó poner fin a esta situación con la

45 Ver. siguientes apartados de esta investigación.

46 En las conclusiones de ese estudio se afirma que "El total de exposición para valorar el nivel de riesgo en el trabajo de pie (ERTP) tuvo como resultado mínimo 26, 25 y máximo 204,8, en donde el 86% se encuentra en un nivel de riesgo alto y un 17% en un nivel medio MONTOYA PÉREZ, Maryam Andrea, "Estudio del trabajo de pie en la empresa Voltran S.A.S" (Universidad de Antioquía, 2019). Ubicable en http://bibliotecadigital.udea.edu.co/bitstream/10495/11498/1/MontoyaMaryam_2019_TrabajodePieVoltran.pdf

47 Ver. Art. 9.

48 Ver. Art. 21 y art. 36 del D.S. del 25.6.1921.

implementación de salas-cunas y guarderías, pero no tuvo la aprobación del Congreso[49].

Hubo que esperar casi dos décadas para que se volviera a establecer la obligación del empleador de implementar un lugar adecuado para dar de lactar y/o reservar la leche materna en condiciones higiénicas: en el año 2012 una nueva Ley, y luego el reglamento respectivo, sancionaron este beneficio, que sigue vigente[50].

k) **Trabajo a domicilio:** La protección a la mujer que trabajaba en sus domicilios consistió en reconocerle tanto los derechos al descanso pre y post natal, así como al subsidio de su remuneración. Además, se debía fijar el pago a destajo en forma proporcional al que se obtenía en una día de jornada legal en un establecimiento de la empresa[51].

Al igual que en el caso de los demás derechos éste finalizó en el año 1995, pero la Ley de Fomento del Empleo N° 728, que se remontaba a 1992, contenía un capítulo sobre el trabajo a domicilio, que se aplicó como única norma sobre el trabajo a domicilio, sin distinción de sexo[52].

No contamos con estudios estadísticos sobre el impacto que esta legislación tuvo en el empleo femenino. Sin embargo, un dato importante a tener en cuenta, es que en 1908 se permitió el ingreso de las mujeres a la Universidad[53]: este hecho constituye la primera piedra para la progresiva feminización de algunas profesiones que llevó, a finales del siglo XX, a sustituir la simple protección por la igualdad de oportunidades con equidad, teniendo en cuenta el reparto de las obligaciones familiares en el hogar y de las cívicas en la vida pública[54].

Finalmente, respecto a la igualdad salarial, en la Constitución de 1933 se establecían diferentes ingresos mínimos en relación a la edad, sexo, ocupación y región[55]. Pasaron 46 años para que se reconociera expresamente que "el trabaja-

49 Ver. http://www2.congreso.gob.pe/sicr/tradocestproc/clproley2001.nsf/pley/9ED885EE344D6E6605256D25005DC0BC?opendocument#:~:text=La%20Ley%20N%C2%B0%202851,el%20establecimiento%20de%20guarder%C3%ADas%20infantiles.

50 Ley 29896 y D.S. Nº 001-2016-MIMP.

51 Ver. arts. 26 a 28.

52 Ver. arts. 155 a 164..

53 Ley 801 ubicable en https://odalisdelima.files.wordpress.com/2011/07/ley-801.jpg

54 Sobre este tema remito a lo expuesto en PACHECO ZERGA, Luz, "Igualdad salarial y protección del empleo femenino," *Soluciones Laborales*, no. 124 (2018).

55 Art. 46: "El Estado legislará sobre la organización general y la seguridad del trabajo industrial, y

dor, varón o mujer tiene derecho a igual remuneración por igual trabajo prestado en idénticas condiciones al mismo empleador"[56]. Sin embargo, la Constitución, actualmente vigente, no hace referencia expresa a esta obligación: señala en cambio, que uno de los tres principios que deben regir la relación laboral es el de la igualdad de oportunidades sin discriminación[57]. Ha sido en el año 2017 que se promulgó la Ley 30709, que prohíbe cualquier forma de discriminación remunerativa entre varón y mujer y, desde entonces, constituye un referente obligado para el servicio de inspección laboral en el país, contribuyendo así a la efectiva igualdad de oportunidades.

Analizaremos a continuación cuál era el panorama en algunos países de la región.

3. LA PROTECCIÓN DE LA MUJER TRABAJADORA EN EL ORDENAMIENTO MEXICANO[58]

México revolucionó el derecho social, nacido en Inglaterra y en otros países europeos, al incluir en su carta magna de 1917, conocida como la Constitución de Querétaro, especificaciones respecto al derecho de huelga, el trabajo de menores y mujeres embarazadas, la justicia laboral, agraria, etc.

En el caso específico que nos ocupa, el art. 123 establecía algunos de los derechos que se reconocieron al año siguiente en el Perú. Consignamos a continuación el texto de ese artículo en lo concerniente al trabajo de las mujeres: "El Congreso de la Unión y las Legislaturas de los Estados deberán expedir leyes sobre el trabajo, fundadas en las necesidades de cada región, sin contravenir a las bases siguientes, las cuales regirán el trabajo de los obreros, jornaleros, empleados, domésticos y artesanos, y de una manera general todo contrato de trabajo: (...)

sobre las garantías en él de la vida, la salud y la higiene. La ley fijará las condiciones máximas de trabajo, la indemnización por tiempo de servicios prestados y por accidentes, así como los salarios mínimos en relación con la edad, el sexo, la naturaleza de las labores y las condiciones y necesidades de las diversas regiones del país".

56 Constitución de 1979, art. 43.

57 Constitución 1993, art. 26: "En la relación laboral se respetan los siguientes principios: 1. Igualdad de oportunidades sin discriminación. 2. Carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley. 3. Interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma".

58 Este apartado de la investigación contó con la colaboración de la alumna de la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura, Romina Calonge Flores.

II.- La jornada máxima de trabajo nocturno será de siete horas. Quedan prohibidas las labores insalubres o peligrosas para las mujeres en general y para los jóvenes menores de diez y seis años. Queda también prohibido a unas y otros el trabajo nocturno industrial; y en los establecimientos comerciales no podrán trabajar después de las diez de la noche.

XI. Cuando por circunstancias extraordinarias deban aumentarse las horas de jornada, se abonará como salario por el tiempo excedente, un ciento por ciento más de lo fijado para las horas normales. en ningún caso el trabajo extraordinario podrá exceder de tres horas diarias, ni de tres veces consecutivas. Los hombres menores de diez y seis años y las mujeres de cualquiera edad, no serán admitidos en esta clase de trabajos.

V.- Las mujeres durante los tres meses anteriores al parto, no desempeñarán trabajos físicos que exijan esfuerzo material considerable. En el mes siguiente al parto disfrutarán forzosamente de descanso debiendo percibir su salario íntegro y conservar su empleo y los derechos que hubieran adquirido por su contrato. En el periodo de la lactancia tendrán dos descansos extraordinarios por día, de media hora cada uno, para amamantar a sus hijos"[59].

Como se puede apreciar son derechos relativos a la jornada máxima de trabajo y a la protección de la madre trabajadora, tanto en relación al descanso pre y post natal, como al derecho del niño a la lactancia materna.

4. LA PROTECCIÓN DE LA MUJER EN EL ORDENAMIENTO CHILENO[60]

La experiencia chilena fue similar a la peruana, porque primero se promulgaron normas en favor de la mujer trabajadora y luego se recogieron estos derechos en la Constitución. Así tenemos que en 1917, la Ley Nº 3186 establece el servicio de salas cunas en las fábricas, talleres o establecimientos industriales en que se ocupen 50 o más mujeres mayores de 18 años para hijos menores de un año[61]. En 1925, que es el año en que Chile ratifica el Convenio 03 de la OIT (1919) relativo al "Empleo de las Mujeres antes y después del Parto", se deroga la ley antes mencionada, que es reemplazada por el Decreto Ley Nº 442

59 Ver. https://www.constitucion1917.gob.mx/work/models/Constitucion1917/Resource/251/1/images/022.pdf

60 Este apartado de la investigación contó con la colaboración de la alumna de la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura, Nuria Valdez Stuard.

61 Ver. https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=23792

a cargo del Ministerio de Higiene, Asistencia y Previsión Social[62]. Esta norma estableció el derecho al descanso por maternidad: 40 días antes del parto y 20, después. Y, además, prohibió despedir a la mujer embarazada y ordenó reservar su puesto de trabajo por el periodo de descanso pre y post natal. Asimismo, el empleador debía asumir el pago del 50% del salario. Al igual que en la primera legislación, se dispuso de salas para el cuidado de los hijos durante el primer año de edad, con la posibilidad de amamantar máximo una hora al día. Se amplió este beneficio a las fábricas, talleres o establecimientos industriales con 20 o más trabajadoras mujeres sin importar la edad o estado civil[63].

El Código de Trabajo de 1931 fue promulgado, con fuerza de ley, mediante el Decreto 178[64]. El Código regulaba en el Libro I, Título II, el trabajo de los menores y de las mujeres. En el art. 25 estableció que "en la misma clase de trabajo, el salario del hombre y de la mujer serán iguales". Y, en el 38: "Los obreros menores de dieciocho años, de ambos sexos y las mujeres casadas, recibirán válidamente el pago, sin intervención de sus representantes legales y tendrán la libre administración de sus salarios." Al igual que había ocurrido en otros países, el art. 28 prohibió el trabajo nocturno para las mujeres y el 49, "en trabajos mineros subterráneos ni en faenas calificadas como superiores a sus fuerzas o peligrosas para las condiciones físicas o morales de su sexo".

Una disposición, adelantada para la época, fue que en 1924, por medio de la ley 4054, se instaura el Seguro Obrero Obligatorio, que otorgaba el derecho a la pensión de jubilación y estaba basado en un sistema de reparto universal, en el que no había distinción entre hombres y mujeres para el cálculo de los beneficios, salvo el de considerar una edad más temprana para el retiro en el caso de las mujeres.

La Ley de la silla es obligatoria en Chile desde 1914, en que entró en vigencia la Ley Nº 2951, pero no sólo para las mujeres, sino también para los varones, lo cual se ha mantenido hasta la fecha[65]

62 Ver. https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=6085

63 Ver. https://www.bcn.cl/leychile/consulta/vinculaciones/texto_refundido?idNorma=6085&fechaVigencia=1931-05-28&clase_vinculacion=TEXTO%20REFUNDIDO

64 Ver. https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=4941

65 Ver. Código de Trabajo de Chile, art. 193.

5. LA PROTECCIÓN DE LA MUJER EN EL ORDENAMIENTO ARGENTINO[66]

Existen documentos que prueban que, "desde la década de 1890, las organizaciones de trabajadores incluyeron en sus demandas la protección de la mujer trabajadora; les apoyaron políticos e intelectuales de distintas corrientes ideológicas también"[67] y para defender a la mujer en cuanto madre[68]. En efecto, el 30 de setiembre de 1907 se promulga la Ley 5.291, del 14 de octubre de 1907, reguló el trabajo de mujeres y menores, disponiendo las condiciones adecuadas de seguridad, salud, instrucción y moralidad en los lugares de trabajo. Se estableció la jornada de ocho horas, el descanso semanal y la prohibición del trabajo nocturno[69]. Para proteger a las madres trabajadoras se estableció que tenían derecho a gozar de treinta días de descanso después del alumbramiento, con reserva del puesto de trabajo[70]. Además, les prohibió, al igual que a los menores de 16 años, trabajar en industrias peligrosas o insalubres[71]. Se dispuso que el empleador pusiera a disposición de las obreras de los asientos necesarios para su comodidad, siempre que el trabajo lo permitiera[72] y que en 1936 se amplió a más sectores y sin discriminación de sexo. Finalmente, se les concedió, a las madres trabajadoras un permiso de 15 minutos, cada dos horas, para amamantar a los hijos, con independencia del tiempo dedicado al descanso en la jornada de trabajo[73].

Otro hito importante fue la ley 11.317 del 19 de noviembre de 1924, que derogó la ley 5921 pero mantuvo los derechos ya reconocidos y amplió, más bien, como medida de protección, los trabajos prohibidos para las mujeres y los menores especificando, por ejemplo, que en caso del trabajo nocturno,

66 Este apartado de la investigación contó con la colaboración de la alumna de la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura, Natalia Barbazyc Barrantes.

67 Todo-argentina.net, *Presidente Jose Figueroa Alcorta,* (TODO ARGENTINA, Presidencia de la Nación,, fecha acceso 2021]); ubicado en https://www.todo-argentina.net/historia-argentina/generarion_80/figueroa_alcorta/anio-1907.php?idpagina=1231.

68 Ver. LOBATO, Mirta Zaida, *Historia de las trabajadoras en la Argentina (1869-1960)* (Buenos Aires: Edhasa, 2007).

69 Arts. 5 y 9.2

70 Art. 9.3

71 Art. 9.5

72 Art. 9.6

73 Art. 9.8

se exceptuaba a las enfermeras y a quienes prestaban servicio doméstico[74]. En cambio, se amplió la prohibición para los siguientes trabajos[75]:

a) La destilación del alcohol y la fabricación o mezcla de licores;

b) La fabricación de albayalde, minio y cualesquiera otras materias colorantes tóxicas, así como la manipulación de pinturas, esmaltes o barnices que contengan sales de plomo o arsénico;

c) La fabricación, manipulación o elaboración de explosivos, materias inflamables o cáusticas, o el trabajo en locales o sitios en que se fabriquen, elaboren o manipulen o estén depositados explosivos, materias inflamables o cáusticas en cantidades que signifiquen peligro de accidente;

d) La talla y pulimento de vidrio, el pulimento de metales con esmeril y el trabajo en cualquier local o sitio en que ocurra habitualmente desprendimiento de polvos de vapores irritantes o tóxicos.

e) En carga y descarga de navíos;

f) En canteras o trabajos subterráneos;

g) En la carga o descarga por medio de grúas o cabrias;

h) Como maquinistas o foguistas;

i) En el engrasado y limpieza de maquinaria en movimiento;

j) En el manejo de correas;

k) En sierras circulares y otros mecanismos peligrosos;

l) En la fundición de metales, y en la fusión y en el sopleo bucal de vidrio;

m) En el transporte de materias incandescentes;

n) En el expendio de bebidas alcohólicas destiladas o fermentadas, y en cualquier local o dependencia en que se expenda.

En cuanto a la protección de la maternidad, esta ley supuso una mejora pues se reconoció el derecho al descanso prenatal seis semanas antes del parto y al post natal, que también era de seis semanas. Durante ese tiempo la mujer tenía reserva del puesto y no podía ser despedida. Y, en cuanto al cuidado del

74 Art. 6.

75 Arts. 10 y 11.

recién nacido, se dispuso que el tiempo de lactancia fuera cada tres horas por quince minutos y la obligación del empleador de habilitar una sala cuna para los hijos de las trabajadoras, donde podían estar hasta que cumplieran dos años[76].

En relación a la ya conocida "Ley de la Silla" tenemos que en Argentina se dio una ley especial, la 12.205, del 25 de septiembre de 1935, la cual estableció, en su primer artículo, que "todo local de trabajo debía estar provisto de asientos con respaldo en un número suficiente para cada persona ocupada en los mismos", es decir, que este derecho se amplió a todos los trabajadores, pues es evidente que permanecer toda la jornada de pie perjudica la salud, sea cual sea el sexo del trabajador. Esta norma sigue en vigencia.

6. LA PROTECCIÓN DE LA MUJER EN EL ORDENAMIENTO COLOMBIANO[77]

A diferencia de los demás países sudamericanos que hemos analizado anteriormente, la legislación colombiana no contempló protección jurídica alguna para la mujer en el trabajo hasta que ratificó los primeros convenios de la OIT en 1931 con la Ley 129, mediante la cual se obtuvo el respeto a la jornada de ocho horas diarias y cuarenta y ocho semanales, así como a normas de salubridad y seguridad en el trabajo.

Ese mismo año, mediante la ley 83 de 1931 se reconoció el derecho de las mujeres a recibir directamente su salario y disponer de él.

La protección a la maternidad cristalizó en 1933 cuando el gobierno ratificó el convenio N° 3 de la OIT, que versa sobre este tema y establecía los siguientes derechos: descanso prenatal desde seis semanas antes del parto, durante ese periodo deberá recibir las "prestaciones suficientes para su manutención y la del hijo en buenas condiciones de higiene" y derecho a recibir "asistencia gratuita de un médico o de una comadrona" [78]. Este convenio también reconocía el derecho de lactancia para lo cual debía gozar de dos descansos de media hora en la jornada.

Estas fueron las únicas normas laborales establecidas en favor de la mujer trabajadora en los primeros treinta años del siglo XX en Colombia.

76 Arts. 13 a 15.

77 Este apartado de la investigación contó con la colaboración de la alumna de la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura, Adriana Sánchez Sánchez Ferrer.

78 Art. 3 Convenio N°003 de la OIT.

7. LA PROTECCIÓN DE LA MUJER EN EL ORDENAMIENTO NORTEAMERICANO[79]

Una revisión de la legislación en los Estados Unidos de Norteamérica evidencia que en ese país la protección a la mujer trabajadora no provino de normas estatales o federales sino de acuerdos entre trabajadores y empleadores y, en algunos casos, por decisiones de los Tribunales. Sólo un Estado legisló acerca de la no discriminación en relación a los salarios: Massachussets. Reproducimos a continuación un cuadro resumen de los primeros treinta años del siglo XX en ese país[80]:

FEDERAL	ESTATAL	JURISPRUDENCIAL
		Muller v. Oregon: la Corte Suprema limita la jornada laboral de la mujer a diez horas, considerando que ***"su condición física la pone en desventaja"***.
	Massachussets pasa la primera legislación sobre salario mínimo en los Estados unidos, la cual estableció una comisión estatal para recomendar salarios mínimos no obligatorios para mujeres y niños.	

79 Este apartado de la investigación contó con la colaboración de la alumna de la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura, Daniela Wong Campos.

80 Fuentes consultadas: UNITED STATES GOVERMENT, *History of Federal Minimum Wage Rates Under the Fair Labor Standards Act, 1938 - 2009* (*U.S. Deparment of Labor*, 2021 fecha acceso 2021]); ubicado en https://www.dol.gov/agencies/whd/minimum-wage/history/chart. ROTHAN, Lily, "How TIME Once Mansplained Why Equal Pay for Women Wouldn't Work," Time (Manhattan: Time, 2015). BREWER, David Josiah (Judge); SUPREME COURT OF THE UNITED STATES (Author), "U.S. Reports: Muller v. Oregon, 208 U.S. 412 (1908)," (Oregon: Supreme Court of the United States, 1907), Ubicable en https://www.loc.gov/item/usrep208412/, SCHOOL, STANFORD LAW, "A Timeline of Women's Legal History in the United States," (California: Professor Cunnea, 1998), National Women´s History Alliance, *Timeline of Legal History of Women in the United States* (Expanded from the original National Women's History Project started in 1980, fecha acceso); ubicado en https://nationalwomenshistoryalliance.org/resources/womens-rights-movement/detailed-timeline/.

FEDERAL	ESTATAL	JURISPRUDENCIAL
		Adkins v. Children's Hospital: la Corte Suprema declara inconstitucional las legislación de Columbia sobre salario mínimo, bajo la premisa de que interfería con la capacidad de los empleadores de negociar libremente los contratos con los empleados. También notó que las mujeres no requerían protección especial más allá de la Enmienda Diecinueve.
La enmienda diecinueve de la Constitución es ratificada. Esta declara que ***"los derechos de los ciudadanos de los Estados Unidos a votar no deben ser denegados o limitados por los Estados Unidos o ningún estado por motivo de sexo".***		
		West Coast Hotel Co. v. Parrish: la Corte Suprema reversa la decisión de Adkins v. Children's Hospital y confirma la constitucionalidad de la legislación de salario mínimo de Washington.
Fair Labor Standards Act: establece un salario mínimo sin consideración de sexo ($0.25/hora). En un principio, solo aplica a empleados en comercio interestatal o en la producción de bienes para comercio interestatal.		

8. CONCLUSIONES

Esta visión panorámica de la protección que algunos estados americanos brindaron a la mujer en el trabajo, en los primeros años del siglo pasado, confirma que el Perú fue uno de los pioneros en protegerla, en particular a la madre trabajadora, con mayor amplitud y detalle que los demás países.

Se aprecia que el itinerario en los países de la región analizados fue semejante, tanto por la influencia que el derecho francés y el español tenían en Iberoamérica, como por la ratificación de los Convenios de la OIT, que lograron una homogenización de los derechos. En cambio, hemos podido apreciar que

la ruta seguida por Estados Unidos no responde al esquema legislativo, sino más bien a la autonomía de la voluntad, mediante acuerdos entre sindicatos y empleadores, así como por decisiones judiciales, que son propias del sistema jurídico anglosajón.

La protección otorgada a la mujer trabajadora en el Perú, en los comienzos del siglo XX, se convirtió con los años, en un factor discriminatorio perjudicial para el empleo femenino, por lo que a lo largo de la segunda mitad del siglo XX , la mayoría de esos derechos fueron derogados y sólo se mantuvieron los que estaban directamente relacionados con la maternidad. Lamentablemente, la obligación de otorgar un asiento, en lugar de haberse mantenido y extendido sin discriminación alguna, ha sido derogada, con el consiguiente perjuicio a la salud de los trabajadores de ambos sexos.

La ley 2851 fue derogada en el mes de julio de 1995 con la ley 26513, que no previó cómo mantener algunos de los derechos de las madres trabajadoras otorgados por esa norma. Por esa razón hubo que esperar al mes de diciembre de 1999, es decir más de cuatro años, para que se volviera a reconocer el derecho al permiso por lactancia, mediante la ley 27240. Respecto a la lactancia materna, recién en el año 2012, es decir, diecisiete años después, la ley 28986 ha establecido el deber del empresario público o privado que cuente con 20 o más trabajadoras en edad fértil, de contar con un espacio adecuado para que puedan extraer la leche materna y mantenerla en condiciones adecuadas hasta el final de su jornada.

En cuanto a la protección por despido, hemos tenido que esperar al año 2017, -¡veintidós años!- para que nuevamente se otorgue un fuero maternal que proteja no sólo contra el despido sin expresión de causa o arbitrario, sino también frente a la no renovación del contrato de trabajo, salvo que la causa que justificó la contratación temporal haya desaparecido[81].

Finalmente, en relación a las salas-cunas y guardarías, se debe resaltar que hasta la fecha no se ha vuelto a reconocer este derecho, que tanto contribuiría a la mejor atención de los hijos y a la tranquilidad de los padres con responsabilidades familiares. Ponerlas en marcha es un deber que atañe directamente al poder público, que a través de las municipalidades debería aportar este soporte a la familia y a las empresas. Queda, por tanto, un camino por recorrer para

81 Ver. Ley 30709 y Decreto Supremo 002-2018-TR.

lograr la igualdad de oportunidades con equidad, aunque se haya progresado en varios sentidos.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALONSO OLEA, Manuel. "El trabajo de la mujer en el Derecho Español." *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, no. 72 (1995): 165-176.

ALONSO OLEA, Manuel / CASAS BAAMONDE, Mª Emilia. *Derecho del Trabajo*. 20 ed. Madrid: Civitas, 2002.

BREWER, David Josiah (Judge); SUPREME COURT OF THE UNITED STATES (Author). "U.S. Reports: Muller v. Oregon, 208 U.S. 412 (1908)." 68. Oregon: Supreme Court of the United States, 1907.

CASTEL, Robert. *Las metamorfosis de la cuestión social. Una crónica del salariado*. Traducido por Jorge Piatigorsky, *Estado y Sociedad*. Buenos Aires: Paidós, 1995.

ESPUNY I TOMÁS, María Jesús ; GARCÍA GONZÁLEZ, Guillermo. "Protección o discriminación? A propósito de la Ley de la silla." *Universitas. Revista de filosofía, derecho y política,*, no. 11 (2010): 43-57.

LOBATO, Mirta Zaida. *Historia de las trabajadoras en la Argentina (1869-1960)*. Buenos Aires: Edhasa, 2007.

MONTENEGRO BACA, José. "Las leyes de Indias, el primer código de trabajo en el mundo." *Revista de trabajo*, no. 65 (1982): 77-86.

MONTOYA MELGAR, Alfredo. *Derecho del Trabajo*. 24 ed. Madrid: Tecnos, 2003.

MONTOYA PÉREZ, Maryam Andrea. "Estudio del trabajo de pie en la empresa Voltran S.A.S." Universidad de Antioquía, 2019.

National Women´s History Alliance. *Timeline of Legal History of Women in the United States* Expanded from the original National Women's History Project started in 1980, [citado 18.11.2020. Ubicado en https://nationalwomenshistoryalliance.org/resources/womens-rights-movement/detailed-timeline/.

O.I.T. "Declaración sobre la igualdad de oportunidades y de trato para las trabajadoras." Ginebra: O.I.T., 1975.

PACHECO ZERGA, Luz. "Igualdad salarial y protección del empleo femenino." *Soluciones Laborales*, no. 124 (2018): 13-27.

———. "La naturaleza del contrato de trabajo en el marco de la globalización." *Asesoría Laboral*, no. 235 (2010): 19-30.

———. "La protección de la mujer trabajadora en el Ordenamiento peruano." *Gaceta Jurídica*, no. 120 (2003): 13-26.

RENDÓN VÁSQUEZ, Jorge. *Derecho del Trabajo (individual). Relaciones individuales en la actividad privada*. 4a ed. Lima: Edial, 1995.

ROTHAN, Lily. "How TIME Once Mansplained Why Equal Pay for Women Wouldn't Work." Manhattan: Time, 2015.

SCHOOL, STANFORD LAW. "A Timeline of Women's Legal History in the United States." California: Professor Cunnea, 1998.

Todo-argentina.net. *Presidente Jose Figueroa Alcorta,* TODO ARGENTINA, Presidencia de la Nación,, [citado 4.5 2021]. Ubicado en https://www.todo-argentina.net/historia-argentina/generarion_80/figueroa_alcorta/anio-1907.php?idpagina=1231.

UNITED STATES GOVERMENT. *History of Federal Minimum Wage Rates Under the Fair Labor Standards Act, 1938 - 2009* U.S. Deparment of Labor, 2021 [citado 10.12.2020 2021]. Ubicado en https://www.dol.gov/agencies/whd/minimum-wage/history/chart.

DESIGUALDAD EN LA DESIGUALDAD: ALGUNOS EJEMPLOS DE LOS DISTINTOS ESTÁNDARES DE PROTECCIÓN DE LAS MUJERES TRABAJADORAS DE SERVICIO DOMÉSTICO

MARÍA GEMA QUINTERO LIMA

Directora del Seminario Permanente sobre trabajo doméstico del Laboratorio de Derecho Social de la UC3M, y Subdirectora del Instituto Universitario de Estudios de género. Sus principales áreas de especialización son el Derecho de la seguridad social (jubilación, prestaciones familiares), el derecho laboral (salario, conciliación) y el crecimiento sostenible e inclusivo y las nuevas formas de responsabilidad social empresarial en el marco de los Objetivos de Desarrollo Sostenible

CARMEN GRAU PINEDA

Integrante del Seminario Permanente sobre trabajo doméstico del Laboratorio de Derecho Social de la UC3M. Es autora o coautora de 4 monografías. Ha coordinado 3 trabajos colectivos y participado en más de veinte trabajos colectivos. Es autora de más de cuarenta artículos doctrinales en revistas especializadas. Colabora con medios de divulgación científica como The Conversación, con apariciones ocasionales en medios como La Provincia, Público. es, El Obrero y otros. Fue galardonada en 2020 con el Premio Nacional 8 de marzo de la AEDTSS.

CONCHA SANZ SÁEZ

Participa en proyectos de investigación relacionados con el trabajo doméstico y de la situación de ser mujer en el mercado de trabajo. Ha publicado monografías y ha coordinado y dirigido obras relacionadas con el trabajo doméstico. Asimismo, he participado como ponente en otros tantos eventos investigadores, siendo algunas de mis comunicaciones premiadas, como en el Congreso Interuniversitario OIT y en la II Conferencia Nacional Tripartita.

ABSTRACT: Although it is an old reality, work at the service of the family home (domestic work and care) and, more recently, its labor regulation, is orphaned from a gender approach, which has contributed to aggravating the consequences derived from the pandemic of COVID-19 in this group of workers.

Indeed, based on the international review process that the approval of ILO Convention 189 generated in most legal systems, in Spain in 2011 some new legislation was introduced to increase the standards of protection of the collective of workers of this sector. However, the current Spanish regulation continues to present certain peculiarities with respect to the ordinary or common regulation of the individual employment relationship, of collective relations and with respect to social protection schemes that highlight the unequal situation of women workers in this sector.

KEYWORDS: Domestic work, care, gender, inequality, COVID-19.

1. ALGUNAS CONSIDERACIONES PREVIAS

El trabajo doméstico constituye una importante fuerza de trabajo en España, ya que como bien reflejan las estadísticas –actualmente– el 28,6% del total de empleo del sector en toda Europa lo representa este colectivo. Se trata de una cifra, ciertamente alta, a la que, sin embargo, no le acompañan unas condiciones de trabajo decente. Es por ello que, pese a los últimos vaivenes legislativos, no se ha alterado la configuración de éste como un sector propio del trabajo precario, irregular e invisible[1]. En efecto, el trabajo doméstico y el cuidado no institucionalizado de personas dependientes se encuentra condenado a una situación *de facto* irremediable de vulnerabilidad jurídica y social[2] debido a que se trata de relaciones que se desarrollan en el seno del ámbito privado[3], donde la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS) tiene un rol de vigilancia

1 CHARRO BAENA, P.: "Capítulo 2. El servicio del hogar familiar. Una visión desde la legislación y la doctrina judicial españolas", en VVAA.: *El Derecho del Trabajo y los colectivos vulnerables. Un estudio desde las dos orillas* , Madrid, Dykinson S.L, 2017, págs. 43-48.

2 SANZ SÁEZ, C. : *Régimen prestacional de las empleadas de hogar: análisis crítico y perspectivas de cambio*, Tesis Doctoral, UCLM, 2015.

3 LÓPEZ INSUA, B.M. : "Migraciones y trabajo invisible tienen nombre de mujer", *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo* , N.º 205, 2018.

del cumplimiento de las normas del orden social y la posibilidad de exigir las responsabilidades pertinentes sumamente limitado en este ámbito[4].

Resulta muy complicado no solo vigilar sino denunciar las ilegalidades que se cometen en el trabajo doméstico debido a la inviolabilidad del hogar, incluso cuando es considerado centro de trabajo. La situación de las trabajadoras resulta especialmente delicada, sobre todo en caso de no cumplimiento del contrato o de violencias físicas, psicológicas y acoso sexual, entre otras. Pero es que, en adición de lo anterior, ni salarios ni cotizaciones han alcanzado la equiparación comprometida por el Gobierno de España en 2011 cuando fueron integradas en el Régimen General de la Seguridad Social (RGSS); ni tienen derecho a protección por desempleo, otra promesa incumplida frente a la que se esgrimen argumentos muy cuestionables; pero es que, además, están excluidas del ámbito de aplicación del marco normativo de prevención de riesgos laborales, como tendrá ocasión de exponer en el apartado correspondiente. Pero, vayamos por partes.

2. DEL SERVICIO DEL HOGAR FAMILIAR AL TRABAJO DOMÉSTICO (1985-2011): LA DESIGUALDAD EN LA DESIGUALDAD CONTINUA DE ESTÁNDARES DE PROTECCIÓN.

El Estatuto de los Trabajadores de 1980, como origen del desarrollo del trabajo doméstico, consideró el "servicio del hogar familiar" como relación laboral de carácter especial en su artículo 2.1.b). En esta relación destaca la íntima, forzosa y continuada convivencia en el limitado espacio del hogar familiar de tal forma que la prestación del servicio tiene un componente especial y subjetivo de mayor importancia que el del resultado del trabajo o la cuantía de la retribución. La confianza se convierte en elemento fundamental de la relación de trabajo y en una exigencia del funcionamiento de ésta, pero, como se ha puesto de relieve, si bien la confianza es un elemento esencial para el empleador, carece de tal relevancia vital para el trabajador[5].

4 FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, C.: "El papel de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en el control del cumplimiento de la normativa aplicable", *Lex Social. Revista de Derechos Sociales*, vol. 9, nº 2, 2019, pp. 520 y ss.

5 GARCÍA LÓPEZ, R., "Extinción del contrato del empleado de hogar: desistimiento, despido y fuerza mayor", *Actualidad Laboral*, 1987, tomo II, págs. 1625 a 1626.

El Real Decreto 1424/1985[6], primera de las normas que vino a dar cumplimiento al mandato establecido en la disposición adicional primera de la Ley 32/1984 que vino a modificar al ET teniendo en cuenta las peculiaridades que se derivan de la actividad prestada en el ámbito del hogar familiar determinó que la relación laboral del servicio doméstico se sustentara en la mutua confianza de las partes, en la existencia de una relación muy personalizada que predomina sobre la simple prestación de servicios.

Sobre la base de estas características especiales de la relación, se terminaba dando prevalencia a la posición especial del empleador frente a la persona trabajadora[7], pues si bien se reconoce en cierta medida el carácter laboral de las actividades domésticas remuneradas, la necesidad de proteger la intimidad de los integrantes del hogar familiar, entre los que se encuentra la parte empleadora, hacía que los derechos fundamentales de éstos pudieran entrar en conflicto con los derechos constitucionales laborales de la persona trabajadora y sirvieran de justificación para limitarlos[8]. Puesto que la vivienda familiar puede considerarse a la vez tabernáculo de intimidad (privado) y ámbito laboral (público), la disposición moral del primero terminaba prevaleciendo sobre la condición contractual del segundo y, en este sentido, el Real Decreto 1424/1985 no fue capaz de ir más allá de una tutela laboral de mínimos.

No obstante, en esa fase inicial del desarrollo normativo del servicio doméstico, se consideraba que la solución al problema apuntado tan de soslayo no debía de pasar, en modo alguno, por subordinar los derechos constitucionales laborales (específicos o inespecíficos) a los constitucionales fundamentales (en este caso, intimidad del hogar familiar[9]), sino por buscar un equilibrio entre ambos, ya que los derechos fundamentales pueden someterse a ponderación en varios contextos, esto es, pueden ser restringidos o limitados. La evaluación de la legi-

6 De 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del Servicio del Hogar Familiar, en BOE núm. 193, de 13 de agosto de 1985.

7 LÓPEZ GANDÍA, J. y TOSCANI JIMÉNEZ, D., *Los Trabajadores al Servicio del Hogar Familiar. Aspectos laborales y de Seguridad Social. Propuesta de Reforma*. Ed. Bomarzo, Albacete, 2006, págs. 89-92.

8 Acerca de las limitaciones y el procedimiento de actuación de la inspección en estos supuestos, ver CUEVA PUENTE, M.C.: *La relación laboral especial de los empleados de hogar*, Lex Nova. 2007, pág. 45 y ss.

9 HERRERO-TEJEDOR, F. *La intimidad como derecho fundamental* 1ª ed., Madrid. Ed. Colex/ Diputación de Castellón, 1998. pág. 19 y ss.

timidad de estas restricciones implicaba garantizar cierto equilibrio del derecho fundamental mismo con cualesquiera otros derechos o intereses en conflicto[10].

España, que se encuentra entre los países que iniciaron las reformas legales pertinentes en torno a los debates y posterior aprobación del Convenio 189 OIT, incorporó una mejora legislativa sustancial a finales del año 2011 cuando se aprobó el RD 1620/2011[11] que vino a dotar de un nuevo marco normativo a este sector con el objetivo de establecer "mayores y mejores derechos de los trabajadores, aplicando, en lo que resulte factible, la regulación general contemplada en el Estatuto de los Trabajadores y normativa complementaria" (Preámbulo RD 1620/2011).

Parecía evidente que las casi tres décadas que habían transcurrido desde la aprobación del Real Decreto 1424/1985 aconsejaban modernizar una regulación que en ciertos aspectos se encontraba obsoleta, pues la fisonomía del trabajo doméstico presenta hoy unos perfiles diferentes, con preponderancia del trabajo a tiempo parcial sobre el trabajo a tiempo completo, y en un contexto en el que la demanda de esta clase de actividad es no solo alta, sino que va *in crescendo*, conforme se incrementan los niveles de corresponsabilidad y se externalizan los cuidados tradicionalmente atribuidos a las mujeres[12].

El legislador pretendía entonces "hacer aflorar una actividad que en buena medida se encontraba *extra muros* de la legislación laboral y de Seguridad Social, y que por tanto no daba lugar a los pertinentes ingresos a través del cumplimiento de las obligaciones tributarias y de cotización[13]". En definitiva, promover la transición de la informalidad a la economía formal y al trabajo declarado, de promocionar la inclusión social, la equidad social y, en definitiva, la justicia social, se antoja un objetivo demasiado excelso para una norma tan modesta

10 PIÑAR MAÑAS, J. L. "El derecho a la protección de datos de carácter personal en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas". *Cuadernos de Derecho Público*. Núms. 19-20 (mayo-diciembre), 2003. pág. 58.

11 Además, se aprobó la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social (Ley 27/2011 en adelante), modificada parcialmente por el RDL 29/2012, de 28 de diciembre, de mejora de la gestión y la protección social en el sistema especial para empleados de hogar y otras medidas de carácter económico y social.

12 QUINTERO LIMA, G. Y GRAU PINEDA, C.: "A new work-life balance policy: The opportunity to formalise care (domestic) work", en C189 European Alliance: *Step up efforts towards decent work for domestic workers in the EU: 10th Anniversary of ILO Domestic Workers Convention, 2011 (No. 189)*, 2021, págs. 29 y ss.

13 RODRIGUEZ CARDO, I. A.: "La relación laboral especial de los empleados de hogar", Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, nº 118, 2015, pág. 50.

como ésta cuya principal virtud no va más allá de aproximar esta relación laboral especial a la relación laboral común.

2.1. Un condicionante trascendente: el hogar familiar como centro de trabajo o de cómo se resuelve la colisión de derechos fundamentales en perjuicio del trabajo doméstico

En cualquier caso, entre de las dificultades concretas que se suscitan a propósito de la actuación de las autoridades laborales que velan por el cumplimiento de la normativa vigente[14], resulta que el control debe efectuarse con respeto del derecho a la inviolabilidad del domicilio, sometiendo la actuación de la ITSS a las facultades y límites contemplados en el artículo 5.1 de la Ley 42/1997, ordenadora de la ITSS que dispone que "si el centro sometido a inspección coincidiese con el domicilio de la persona física afectada, deberán obtener su expreso consentimiento o, en su defecto, la oportuna autorización judicial".

Por tanto, los únicos títulos habilitantes para la entrada en el domicilio son el consentimiento del titular o la autorización judicial. En el caso de que la ITSS quiera verificar el cumplimiento de la nueva normativa sobre trabajo doméstico con una inspección en un domicilio particular, el domicilio tendría la consideración de centro de trabajo, pero únicamente durante las horas que realiza el trabajo el empleado del hogar y, de no mediar consentimiento expreso y salvo que exista orden judicial, la ITSS, no podrá entrar en el citado domicilio.

La consecuencia práctica de todo ello es obvia: la tutela de la inviolabilidad domiciliaria y la intimidad personal (*ex* art. 18 CE) sirven de parapeto, y no deberían, para impedir la aplicación de las normas laborales y de los derechos constitucionales que van a resultar incompatibles con la aplicación de determinadas medidas preventivas, especialmente como indicamos, la dificultad de compatibilizar el control de la autoridad laboral del cumplimiento de las normas de prevención, con el respeto a la intimidad y la inviolabilidad del domicilio. Y las trabajadoras domésticas que deciden quejarse -la falta de quejas es otra de las características del colectivo- se suelen enfrentar a la negativa de inspectores laborales a intervenir en un terreno que se considera privado y respecto del que

14 El art. 17.2 Convenio 189 prevé que "todo miembro deberá formular y poner en práctica medidas relativas a la inspección del trabajo, la aplicación de las normas y las sanciones, prestado debida atención a las características especiales del trabajo doméstico, en conformidad con la legislación nacional".

no se habían articulado ni planificado campañas de promoción y/o vigilancia del cumplimiento de las normas laborales[15] hasta fechas muy recientes.

Básicamente, se asiste a un conflicto entre derechos fundamentales: la empleada doméstica como ciudadana que es tiene derecho fundamental a la integridad física y moral (art. 15 CE) que, al entrar en conflicto con el también derecho fundamental de la inviolabilidad del domicilio (art. 18 CE) en este caso del empleador titular del hogar familiar en el que se prestan los servicios. Conflicto que no solo no es nuevo sino que, además, sabe bien como solucionarse en el marco constitucional contemporáneo: a través del juicio de ponderación y en aplicación de principios como el de proporcionalidad y razonabilidad. En definitiva, dado que existen condicionantes insoslayables a la acción de la ITSS que se traducen en que, en la práctica, se limiten a hacer las comprobaciones que puedan realizar sin pasar del umbral de la puerta del domicilio del empleador, es preciso, simplificar y agilizar lo máximo posible "el procedimiento dirigido a la obtención de la orden judicial, a fin de que puedan realizar un control efectivo y eficaz de las condiciones laborales también en este ámbito de trabajo[16]".

En estos casos, como es por todos sabido, se hace necesario un equilibrio que podría ser llevado a cabo, en cada concreta ocasión, bien por el intérprete competente para solucionar el caso de que se trate, bien por ser realizado directamente por el legislador en virtud de disposiciones normativas puntuales. En este sentido, es unánime considerar que "los derechos fundamentales, constituyen la principal garantía con la que cuentan los ciudadanos de un Estado de Derecho de que el sistema político y jurídico en su conjunto se orientará hacia el respeto y la promoción de la persona humana, en su estricta dimensión individual. Los derechos fundamentales se presentan en la normativa constitucional como un conjunto de valores objetivos básicos y al propio tiempo, como el marco de protección de las situaciones jurídicas subjetivas[17]".

No cabe duda de que, en el ejercicio de un derecho fundamental, éste se puede encontrar enfrentado al ejercicio de otro derecho fundamental. En caso de conflicto, la pregunta clave para una teoría de los derechos fundamentales no es

15 OIT: *La inspección del trabajo y otros mecanismos de cumplimiento en el sector del trabajo doméstico: Guía introductoria*, OIT, 2016.

16 MIÑARRO YANINI, M.: "Formas esclavas de trabajo y servicio del hogar familiar: delimitación conceptual, problemática específica y propuestas", *op. cit*, pág. 88.

17 PÉREZ LUÑO, A.E.: *Los derechos fundamentales*. Ed. Tecnos. 7ª Edición. Madrid 1998. pág. 98.

otra que ¿quién debe ceder?[18]. Y, en este sentido, el canon de proporcionalidad es un instrumento que permite solventar argumentalmente las colisiones entre los referidos derechos manteniendo un basamento de unidad hermenéutica[19]. Se trata de una herramienta exegética utilizada por el TC para orientarse en el complejo mundo de los valores y derechos iusfundamentales, contrapesándolos y jerarquizándolos. En puridad podría considerarse como un principio general del Derecho a disposición del operador jurídico para alcanzar un justo equilibrio entre intereses en conflicto[20].

Sea como fuere, de lo que no cabe la menor duda es que en esta tarea resultaría conveniente arbitrar sistemas efectivos de inspección y control que, garantizando los derechos laborales constitucionales de las personas trabajadoras del servicio doméstico, sean respetuosos, además, con los derechos constitucionales a la inviolabilidad del domicilio y a la intimidad personal y familiar. El lugar de prestación de servicios no parece razón suficiente para vincular esta distinción de protección que resulta carente de elementos objetivos que la fundamente y que contraría tanto el art. 41 de la Constitución Española como el art. 14[21] del Convenio nº 189 de la OIT, que sigue sin ser ratificado por España a la fecha de cierre de esta aportación.

En orden a resolver esta cuesta cuestión de orden constitucional, quizás sería interesante diseñar instrumentos de control externos al domicilio, en esquemas próximo a formas auto-declarativas de la persona empleadora/empleada, con o sin

18 PECES BARBA, G., *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Madrid, Universidad Carlos-III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, 1999. nota 5, pág. 594.

19 ALEMÁN PÁEZ, F.: *Curso de Derecho del Trabajo*, Tecnos, 2021, en prensa.

20 La misma doctrina constitucional recaba varias construcciones nocionales, mentándolo, por ejemplo, como "principio general del derecho", "concepto jurídico indeterminado", "principio inherente al Estado de Derecho", canon "inherente al valor justicia y muy cercano al de igualdad", opuesto al ejercicio arbitrario de los poderes públicos: SSTC 62/1982 (FJ 5º), 85/1992 (FJ 4º), 111/1993 (FJ 9º), 50/1995 (FJ 7º), 173/1995 (FJ 2º).

21 "1. Todo Miembro, teniendo debidamente en cuenta las características específicas del trabajo doméstico y actuando en conformidad con la legislación nacional, deberá adoptar medidas apropiadas a fin de asegurar que los trabajadores domésticos disfruten de condiciones no menos favorables que las condiciones aplicables a los trabajadores en general con respecto a la protección de la seguridad social, inclusive en lo relativo a la maternidad. 2. Las medidas a que se hace referencia en el párrafo anterior podrán aplicarse progresivamente, en consulta con las organizaciones más representativas de los empleadores y de los trabajadores, así como con organizaciones representativas de los trabajadores domésticos y con organizaciones representativas de los empleadores de los trabajadores domésticos, cuando tales organizaciones existan".

incentivos fiscales o de Seguridad Social[22]. De esta forma, sin necesidad de comprobación de la realidad laboral por un tercer sujeto con potestades inspectoras, cabría objetivar los contornos contractuales de la prestación de servicio doméstico a partir de la proactividad de los sujetos implicados en la relación laboral. Con una contrapartida en forma de desgravaciones y/o de servicios secundarios (adeudo en cuenta para el sujeto empleador, con descuentos; certificaciones de cotizaciones para la persona empleada…). Mientras se diseña un procedimiento de trazabilidad de salario y horas de trabajo a efecto de contribuciones al sistema de protección social, no deja de ser útil el diseño de campañas públicas de la inspección de trabajo en las que lo relevante no es la acción de visita al domicilio, sino la incentivación a la regularización de situaciones administrativas[23].

2.2. Del cómo sigue sin equipararse las cotizaciones a los salarios reales

Otro de los elementos de desigualdad hace referencia a la equiparación que se contemplaba en la ley 27/2011 en materia de cotización por salarios reales y en materia de cobertura respecto de sectores que continúa. Esa previsión continúa siendo una realidad inmaterial por obra de la enmienda 6777 presentada por el grupo parlamentario popular al proyecto de Presupuestos Generales del Estado de 2019 y acatada por el PSOE y que retrasa de forma irreversible el proyecto de equiparación hasta el 2024.

En materia de retribución, el artículo 8.1 del Real Decreto 1620/2011 por la que se regula la relación especial del servicio del hogar familiar establece que las empleadas de hogar tienen derecho, al menos, a una retribución equivalente al SMI fijado para el correspondiente periodo anual, en proporción a la duración de la jornada, esto es, íntegro en caso de jornada completa y a prorrata en caso de jornada inferior. Siendo cierto que tales cuantías pueden mejorarse por pacto individual o colectivo, dado el marcado carácter individualizado de

22 QUINTERO LIMA, M. G, "El cheque-servicio como elemento de gestión/control del trabajo doméstico: la necesaria definición conceptual", en VVAA: *Reflexiones sobre el Trabajo doméstico.* Bilbao, Gobierno Vasco, 2020, págs.61-77.

23 La ITSS decide iniciar una campaña de comunicación, remitiendo cartas a determinadas personas empleadoras que figuran en las bases de datos de la Tesorería General de la Seguridad Social como contratados a tiempo completo (ya que la parcialidad no aparece de forma expresa) y con salarios mensuales con inclusión del prorrateo de las pagas extraordinarias inferiores al Salario Mínimo Interprofesional, es decir inferior a 1.108,33 €/mes con prorrateo de pagas extras (950 euros/mes en 14 pagas) , para que regularizaran esta información antes del 31 de marzo de 2021 ya que el salario comunicado a la TGSS no puede ser inferior al SMI vigente.

la negociación de las condiciones laborales, el principal escollo para el logro de una retribución decente, pues se trata éste de un sector que no cuenta con tradición de negociación colectiva.

La situación salarial de los trabajadores al servicio del hogar familiar es controvertida, puesto que a partir del año 2020 se produce otro importante avance en esta materia[24]. Y es que, mediante Real Decreto 231/2020, de 4 de febrero, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2020 (que se prorroga para el 2021) se regula un incremento del SMI del 5,5%. De este modo, las cuantías quedan fijadas del siguiente modo: 1) 31,66 euros/día o 950 euros/mes, dependiendo de si el salario esté fijado por días o por meses y para cualesquiera actividades en la agricultura, en la industria y en los servicios; 2) 44,99 euros/jornada legal para los trabajadores eventuales y temporeros cuyos servicios a una misma empresa no excedan de 120 días y, finalmente, 3) 7,43 euros/hora efectivamente trabajada para los empleados de hogar que presten servicios por horas, en régimen externo, y conforme al artículo 8.5 del Real Decreto 1620/2010, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar.

Lo que ha sido calificado como un salto cualitativo en la nómina de muchos trabajadores, sin embargo para el gremio de las empleadas del hogar esta medida estrella ha tenido efectos contrarios a los esperados. Y es que, lamentablemente brilla aquí por su ausencia la misma noción de trabajo decente que tanto se reivindica en el ámbito internacional y comunitario, de ahí que no se pueda adoptar una actitud pasiva e indiferente a esta realidad que se vive.

Las resistencias a reconocer el valor que merece el trabajo doméstico, su consideración como trabajo digno y decente, ponen de manifiesto el hecho cierto de que pese al crecimiento potencial económico y social que supone un sector como éste que en España cuenta con un 28,6% del total de empleo del sector en toda Europa, continúa siendo considerado como de "inferior categoría" en cuanto a la remuneración, condiciones y derechos laborales básicos. El diagnóstico de la situación actual ofrece un panorama ciertamente desolador, en donde el tratamiento que reciben las trabajadoras del sector sigue sin estar equiparado al del resto de personas trabajadoras incluidas en el RGSS, lo que contribuye al alto grado de precarización e informalidad idiosincrásicos del mismo.

24 En la línea de mejora de las condiciones laborales, se destacan las medidas legislativas dirigidas a subir el Salario Mínimo Interprofesional (SMI) en un 22% para el año 2019 y en un 5,5% en 2020.

Como acertadamente se ha señalado, "pese a las buenas intenciones de subida del SMI, lo cierto es que desde que esta medida entró en vigor, (…) las trabajadoras del hogar familiar han visto esta medida más como un castigo que como una mejora en sus condiciones laborales[25]". El problema no reside tanto en el incremento del salario mínimo, medida estrictamente necesaria, sino en mejorar el control público para la adecuación de la contratación de las empleadas de hogar a la normativa laboral y, por tanto, al trabajo decente que evite la precariedad laboral y la economía sumergida. Por todo ello, el papel de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social será muy relevante en este punto.

Por si fuera poco, la ampliación de los tramos de cotización de 8 a 10 y el consiguiente aumento en la distancia entre ellos (en lugar de 100 euros, la distancia es ahora de 135 euros) hace muy costoso para el empleador el pago de la cotización de estos trabajadores, lo que al termino –como solución para el mantenimiento de estas relaciones– determina una importante bajada de los salarios y un empobrecimiento de las condiciones laborales.

En definitiva, pese a que se pretende garantizar unos mínimos para que las empleadas puedan satisfacer sus necesidades básicas y disfruten de unas condiciones de vida dignas, lo cierto es que poco a poco el legislador español se ha ido alejando de las consideraciones que desde el ámbito internacional y comunitario se ofrecen para el logro de un derecho al trabajo decente. Como se ha señalado "la falta de voluntad política y de concienciación social, así como de acercamiento a la realidad de los problemas que se suceden en la praxis ordinaria, son sólo algunas de las razones que explican esta deplorable situación. Ante la ausencia de medidas de racionalización y de puesta en práctica de unas mínimas garantías, difícilmente se puede avanzar hacia la fijación de un marco jurídico-social protector efectivo para las empleadas de hogar[26]".

2.3. La falta de protección en materia de riesgos laborales

De un modo evidente a partir de la crisis de emergencia sanitaria, conocida como COVID-19 y de la visibilización de la esencialidad de las actividades de cuidado (de las cosas y de las personas), es preciso llamar la atención sobre el déficit de protección en materia de seguridad y salud que sufren las personas/

25 LÓPEZ INSUA, B.M.: "Nadando entre dos aguas: salario decente "*versus*" economía irregular en el empleo al servicio del hogar familiar", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 231, 2020.

26 *Ídem*.

mujeres trabajadoras de servicio doméstico, tanto más cuanto se ha hecho también patente la crisis de los cuidados generada por las medidas gubernamentales de contención de la pandemia. Algo que, desde otro haz lleva a ahondar en la necesidad de proteger suficientemente la salud de un colectivo de trabajadoras que coadyuvan indirectamente a la conciliación de la vida laboral y familiar de otros trabajadores y trabajadoras en sectores productivos diversos, y que coadyuvan a resolver las graves carencias de los sistemas públicos de cuidado y protección a la infancia y a la dependencia.

Pues bien, respecto de la protección de la salud, la desigualdad laboral tiene sustento normativo, que se concreta en la exclusión del trabajo de servicio doméstico (art 3.4) del ámbito de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales. No obstante, la norma reguladora de la relación laboral especial no ignora la cuestión, si bien apenar traza obligaciones difusas y vagas para la persona empleadora. De suerte que establece que el empleador está obligado a cuidar de que el trabajo del empleado de hogar se realice en las debidas condiciones de seguridad y salud; eso entraña que normativamente se haya establecido que dicho empleador haya de adoptar medidas eficaces, teniendo debidamente en cuenta las características específicas del trabajo doméstico. No se concreta mucho más, y, obviamente, no se contemplan otros modos de verificación de cumplimiento ni sanciones administrativas por incumplimiento[27], solamente se prevé una mera reacción en el ámbito privado de la relación laboral, de modo que el incumplimiento grave de esas obligaciones difusas es justa causa de dimisión del empleado (art. 7.2º del Real Decreto 1620/2011), sin que haya una óptica preventiva.

Y, sin embargo, esta anomia es muy relevante, y habría de tratar de sintetizar por qué. Desde una vertiente preventiva, es verdad que la realidad de este tipo de trabajo de servicio doméstico es de carácter complejo , en distintas direcciones, a saber, por simplificar: a)porque tiene manifestaciones plurales (régimen de prestación de servicios como sujeto trabajador interno/externo); b) porque el sujeto empleador no es una persona jurídica con ánimo de lucro; c) porque la relación de dependencia y ajeneidad tiene caracteres impropios, especialmente

27 Los elementos esenciales de las relaciones jurídicas de trabajo doméstico, que las diferencian de las relaciones de régimen común, tienen incidencias en otras zonas conexas con relevancia en términos de salud, y sirvan señalar dos constantes: la falta de sindicalización y la debilidad de la representación colectiva (más allá del asociacionismo del colectivo), y los ámbitos de control de la inspección de trabajo.

en los supuestos de multiempleador, en los que la trabajadora domesticas actúa como una trabajadora autónoma sui generis; d) porque el lugar de trabajo no es un centro de trabajo en los términos laborales, sino el hogar familiar; y, e) porque desde el punto de vista de las funciones y tareas del trabajo doméstico -las esenciales de limpieza y cuidado (de menores y personas en situación de dependencia)-, existe una réplica en régimen de trabajo común (sector de limpieza y cuidados sociosanitarios) pero que no se extrapola en modo alguno en los servicios en el hogar.

Entre las condiciones de trabajo, una de las más sensibles es el tiempo de trabajo[28]. Porque cabe la figura del empleado de hogar interno, y en el otro extremo, el empleado a tiempo parcial (que seguramente preste servicios sucesivos para distintos empleadores). En una zona intermedia, se prevé una jornada estándar de 40 horas semanales y de tiempos de presencia suplementarios, limitados legalmente, previo pacto. Los periodos de descanso, del mismo modo, quedan dentro del margen de ajuste de cada hogar, en la medida en quedan remitidas al pacto. De forma que el estado de salud podría verse afectado, por sobreesfuerzos, estrés o factores análogos. Tanto más en la medida en que se puedan plantear vicisitudes para la empleada de hogar en sus procesos de conciliación de la vida laboral y familiar o personal.

El contenido mismo de la relación laboral resulta esencial en la delimitación de las condiciones de salud de las empleadas de hogar. Y en este sentido, en términos estándares, la polivalencia de partida es una característica común. Algo que no resulta baladí en el siguiente sentido: el trabajo doméstico aglutina dos grandes núcleos de tareas: las ligadas al cuidado de personas, y las ligadas a las tareas del hogar (cocina y limpieza en sentido amplio). Por lo que respecta a las primeras, cabría distinguir entre las tareas de cuidado de niños, enfermos y mayores o personas dependientes. Por lo que se refiere a las segundas, cabe un abanico amplio de grados de intensidad y complejidad, atendiendo al tipo de hogar familiar (superficie y tipo de vivienda, número de miembros etc.) Para mayor complicación, cabe que una misma persona pueda ser compelida a realizar varios tipos de tareas de sendos grupos, simultanea o sucesivamente, de forma regular o irregular, con plazos o sin ellos.

28 Véase, sin ser específico para España, el estudio contenido en la Nota de información 2 Trabajo doméstico, OIT, *Horas de trabajo en el trabajo doméstico*.

A lo anterior se deben sumar los perfiles del régimen de prestación del trabajo puesto que, en efecto, los grados de rutina, autonomía, esfuerzo, así como los niveles de reconocimiento personal por el empleador -ligado a los descansos reconocidos y el nivel salarial- compondrían el marco general de la prestación de trabajo doméstico y configuran un especial marco para los riesgos psicosociales, especialmente en el caso del trabajo en régimen de interna.

Todo lo anterior pone de manifiesto cómo es posible intensificar sus efectos en los casos en que el trabajo doméstico se realice para uno o para varios empleadores. La existencia de empleador único o múltiple, afecta a la efectividad en el cumplimiento de deberes y la exigibilidad de derechos contemplados en el régimen jurídico de la relación laboral misma. Eso provoca, *de facto* la prestación laboral sin solución de continuidad con eventuales empleadores concomitantes y/o sucesivos; algo que desdibuja los contornos de la responsabilidad jurídica de cada uno de ellos. Y supone un factor acelerante de un eventual proceso de deterioro de la salud (en su doble dimensión, salud femenina ligada a la edad y salud laboral ligada al tipo y régimen de trabajo).A eso se sumaría la existencia de sujetos intermediarios (con o sin ánimo de lucro) entre empleada de hogar y empleador, lo que introduce un halo de indefinición y debilitamiento del poder negocial de la trabajadora al servicio doméstico.

A falta de reglas, solo es plausible la búsqueda de soluciones jurídicas, por extrapolación de las reglas generales sobre manipulación de cargas, sobre trabajos en altura, sobre uso de -y consecuente multiexposición a- determinados productos químicos[29], o sobre realización de tareas repetitivas. Extrapolación que solo permite identificar riesgos y señalar medidas preventivas, pero *de facto* no ofrece alternativas para resolver las dificultades materiales aplicativas[30].

Esas dificultades en materia de prevención de riesgos laborales en el hogar, tienen una influencia inmediata en la protección que se haya de dar a las contingencias profesionales y, por efecto, en la reconducción incorrecta de múltiples situaciones laborales relativas a la salud al ámbito de las contingencias comunes. Lo que genera distorsiones evidentes en materia protectora[31]. Así, habrá situa-

29 Detergentes y disolventes, eminentemente, que son acreditados agentes cancerígenos y perturbadores endocrinos mutágenos y/o reprotóxicos.

30 En este ámbito se produce una laguna doctrinal evidente, es anecdótica la existencia de tratamiento compendiado de la cuestión, sirva como ejemplo único, USO, *Guía de prevención de Riesgos laborales. Empleadas de hogar*. Cizur Menor: Thomson Reuters, 2015, pág. 29.

31 Sirva sólo analizar el número de partes con baja o sin baja, distribuidos por grupo de enferme-

ciones que no reciban protección o que reciban una protección inferior como accidente no laboral o enfermedad común.

A las dificultades de concretar las obligaciones preventivas del empleador, se suma otra más, la de delimitar las fronteras difusas: a) entre ciertas patologías susceptibles de desarrollarse como consecuencia del desempeño de servicios en el hogar familiar, pero también como consecuencia de la realización de actividades ordinarias al margen de una prestación laboral y, b) entre la evolución de la salud natural de las mujeres (menstruaciones, puerperios, menopausia) y la realización de una actividad laboral. Como paradigma de esta dificultad se encontrarían dos tipos de patologías: las ligadas a los trastornos músculo-esqueléticos, y las ligadas a la salud mental (depresión, ansiedad, fatiga crónica y patologías derivadas de ellas). Que no solo son abordables en esa vertiente preventiva sino que generarían vicisitudes en la vertiente reparadora o prestacional, algo en lo que no es posible detenerse ahora.

2.4. El libre desistimiento del empleador, la inexistencia de despido nulo y la garantía de estabilidad en el empleo de en el trabajo al servicio del hogar familiar

En el desarrollo de la prestación de servicios en el hogar familiar, la particular condición del empleador como cabeza de familia -que no empresario que desarrolla una actividad económico-productiva-, y la especial relación de confianza personal entre empleador y empleada, posibilitan esas regulaciones divergentes respecto de la relación laboral común.

Hilvanada con las anteriores, la inexigibilidad del contrato por escrito no resulta ser una cuestión baladí. O dicho de otro modo, cabe el contrato verbal. Y, a pesar de las cautelas formales establecidas en la norma en el artículo 5 RD 1620/2011, la relación jurídica es habitual que se mantenga en cierto régimen de informalidad, lo que habrá de repercutir en la fijación de las condiciones de trabajo y en la (in)exigibilidad de derechos y obligaciones mutuos. Con especial trascendencia en lo relativo a la reacción frente al despido. Porque, a falta de

dad profesional/ enfermedades del trabajo y código CNAE. Los sistemas CERPROSS y PANOTRATSS ofrecen indicios de como en el hogar familiar (Código T), apenas se comunican partes; lo que falsearía los datos de incidencia media, atendiendo especialmente al número total de empleados del hogar. además, si se observa, a pesar de la diferencia cuantitativa entre el número de trabajadores y trabajadoras en el sector, son relativamente superiores las banas masculinas comunicadas.

contrato, cualquier proceso de impugnación contra el despido va a requerir una declaración judicial de existencia de laboralidad, lo que transforma al juez en un objetivador de ajenidad y subordinación.

A lo anterior se suma la especial regulación que de la institución de la extinción contractual se hace, como gran especialidad, en efecto, como causa de extinción, se prevé normativamente la posibilidad del desistimiento de la persona empleadora[32]. La Disposición Adicional 2ª.2. 1ª del RD. 1620/2011 había dejado pendiente la valoración de la posibilidad de aplicar el régimen extintivo común a la relación especial. Pero, como sigue sin haberse reunido el grupo de expertos allí previsto, está siendo en sede jurisdiccional donde se han de resolver las vicisitudes ligadas al desistimiento, a las calificaciones del despido y a la cuantificación de las indemnizaciones[33].

Y en esa labor aplicativa, incluso, los órganos juzgadores se encuentran con dificultades interpretativas del régimen vigente dentro de nuevos impulsos axiológicos ligados al Trabajo decente, la tutela de derechos laborales y la protección de la parte vulnerable del contrato. En esta dirección, algunos tribunales han venido exigiendo (sin que haya aun doctrina unificada) que para que el l sujeto empleador pueda optar por un desistimiento acausal, ha de cumplir con requisitos constitutivos de forma, de suerte que la persona empleadora ha de dejar constancia inequívoca de su opción por esta causa extintiva, mediante comunicación con preaviso, y puesta a disposición de la indemnización de 12 días por año de servicio con el límite de 6 mensualidad . En consecuencia, el incumplimiento de esas exigencias formales conduce a presumir -sin que queda de facto prueba en contra- que se opta por un despido (art 11.4 RD 1620/2011).

Pues bien, en la figura del despido vuelve a plantearse la estupefacción por la especialidad de la normativa. A diferencia del régimen previsto para la relación laboral común en la norma estatutaria, en la relación laboral especial solo se contempla el despido disciplinario, y con solo dos calificaciones posibles: improcedente y procedente. Y en el primer caso, la norma especial contempla una regla de cálculo de indemnización también distinta de la prevista en la

32 El contrato puede extinguirse también por desistimiento del empleador, que podrá decidirse en cualquier momento del transcurso de la relación laboral y que deberá comunicarse por escrito en el que conste, de modo claro e inequívoco, la voluntad del empleador de dar por finalizada la relación laboral por esta causa. Se exigen dos requisitos adicionales (art. 11.3 RD 1620/2011)

33 BENAVENTE TORRES, I.: "Un aspecto jurídico especialmente problemático: la extinción de la relación laboral" *Lex social: revista de los derechos sociales.* Vol. 9, Nº. 2, 2019, págs. 250-274.

norma estatutaria. Los 20 días frente a los 33 días conduce a que la regla especial genere, en último término, una desigualdad entre personas trabajadoras. Como vicisitudes añadidas a las anteriores, se halla la imposibilidad de calificar la nulidad del despido y, por ende, no cabe reingreso automático al servicio del hogar familiar, lo que se acaba traduciendo en el reconocimiento judicial de improcedencia, con reconocimiento de esa indemnización mermada y sin derecho a salarios de tramitación.

2.5. Del cómo sigue negándose la protección por desempleo al colectivo de trabajadoras domésticas

Bajo sospechas de algún tipo de fraude encubierto en la relación de confianza que lo caracteriza -y que, como se ha señalado, se salda en favor de la parte empleadora y no de la empleada- se deja fuera de la protección por desempleo a este sector conculcando el mandato de la OIT de "asegurar que los trabajadores domésticos disfruten de condiciones no menos favorables que las condiciones aplicables a los trabajadores en general con respecto a la protección de la seguridad social" (*ex* art. 14 Convenio 189). Fraude que, por otro lado había venido subyaciendo al trabajo autónomo pero quedo refutado a partir del momento en que se crea la figura del cese de actividad de las personas trabajadoras por cuenta propia[34].

Como es unánime considerar hoy, la doctrina mayoritaria ha calificado de inaceptable tal exclusión desde el momento en que las empleadas del hogar fueron sujetos de una relación laboral, esto es desde 1976 y, sin duda, desde 1985. La renovación jurídica ha originado que se discuta nuevamente por los argumentos de los que se vale el legislador para refrendarla, los cuales siendo inexistentes ha generado una dura crítica doctrinal que sitúa como preferentes las motivaciones de oportunidad política ligadas a la situación económica en la que tuvo lugar la reforma, aunque escudados en otras razones. Se trata especialmente de la presunción al fraude que se deriva de la dificultad de controlar este tipo de prestaciones de servicios ante la colisión de derechos fundamentales que se origina y que contribuye a intensificar el trabajo no declarado: en particular, se especula sobre aquellas situaciones en las que accediéndose a la protección por desempleo, se continúe con la prestación de servicios, en el mismo o diferente

34 Real Decreto 1541/2011, de 31 de octubre, que desarrolla el sistema específico de protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos.

domicilio. Y, en este sentido, como acertadamente se ha apuntado, "las motivaciones basadas en la dificultad de control no son aceptables, tan solo hacen exigible el refuerzo o la adopción de nuevas medidas para evitarlo, se demandan sistemas efectivos de inspección y control que, garantizando los derechos sociales de los empleados del hogar, respeten los derechos constitucionales a la inviolabilidad del domicilio y a la intimidad personal y familia[35]".

Junto a ese argumento, habría otros, de orden económico, referidos a los problemas de sostenibilidad financiera de un sistema equivalente al del desempleo/cese de actividad, por cuanto ni a la persona trabajadora, ni a la persona empleadora se le presume una capacidad económica suficiente (salario bajos, y condición de empleador sujeto particular que no desarrolla actividad lucrativa) para responder de modo solvente a una cotización por inactividad.

La DA 2ª RD 1620/2011 preveía que la acción protectora del Sistema Especial para Empleados de Hogar (SEEH) "no comprenderá la correspondiente al desempleo". Sin embargo, ello debía entenderse "sin perjuicio de las iniciativas que puedan establecerse con respecto a esta cuestión en el marco de la renovación de la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar".

La ausencia de la protección por desempleo -ya contenida en el Régimen Especial de Empleados de Hogar (REEH), antes de ser integrado en el RGSS[36]- choca, sin embargo, con la progresiva extensión de la protección por desempleo a colectivos de trabajadores por cuenta ajena que han estado o están aún hoy insertos en regímenes especiales y que antes carecían de esta previsión[37]. Esta falta de cobertura implica un grave perjuicio para las empleadas de hogar que, por el momento, permanece tal cual sin que parezca próxima su inclusión (DA 39ª.3. f. Ley 27/2011[38]).

35 BENITO BENÍTEZ, Mª.A.: "protección social del servicio doméstico desde una perspectiva de género", *Lex Social. Revista de Derecho Sociales*, vol. 9, nº 2, 2019, págs. 477-478.

36 Y que encontraba su soporte jurídico en el artículo 3.2 de la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de protección por desempleo, según el cual aquélla alcanza a todos los trabajadores por cuenta ajena, haciendo depender dicha inclusión del hecho de estar contemplada esta contingencia en los regímenes especiales.

37 SANZ SÁEZ, C.: *La protección social de las empleadas de hogar. La desaparición del Régimen Especial de la seguridad Social y su integración en el Régimen General como Sistema Espacial: análisis actual y de futuro*, Bomarzo, 2017.

38 Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social cuya DA 39ª.3. f prevé que "la acción protectora del Sistema especial para Empleados de Hogar no comprenderá la correspondiente al desempleo. Eso se entiende sin perjuicio de las iniciativas que puedan establecerse con respecto a esta cuestión en el marco de la renovación

Las eventuales modificaciones que deberían haberse producido en todos los sentidos referidos e implementado antes de finales del año 2013, según el propio RD 27/2011 y como paso previo a la ratificación del Convenio 189 OIT no se han materializado por el momento[39]. Es más, en octubre de 2013 se presentó una proposición no de ley para la ratificación del Convenio que fue aprobada por unanimidad en la Comisión de Empleo y Seguridad Social del Parlamento instando al Gobierno a reevaluar las razones para su no ratificación y plantearse, en consecuencia, la necesidad de su ratificación y la adopción de la legislación pertinente. A pesar de este acuerdo, del tiempo transcurrido y de que países del entorno (como Italia y Alemania) ya habían ratificado el Convenio, el Parlamento español no siguió trabajando en esta línea y ninguna otra medida fue adoptada en este sentido lo que es buena muestra del desinterés político por el tema.

En definitiva, por el momento ningún Gobierno han considerado la importancia y oportunidad de ratificar de momento dicho convenio, alegando recurrentes excusas como la complicada intervención en los hogares familiares, la dificultad de equiparar salarios y cotizaciones y, a lo que aquí interesa la dificultad de introducir la prestación de desempleo en un momento difícil para las arcas de la Seguridad Social. Y ello pese a que hasta la Unión Europea ha instado a los Estados miembros de la Unión a que procedan a su ratificación. De hecho, la Comisión Europea presentó el 21 de marzo de 2013 una propuesta de Decisión del Consejo que autoriza a los Estados miembros a la ratificación del Convenio (Decisión del Consejo de la UE de 28 de enero de 2014, publicada el 1 de febrero de 2014). De esta forma, el Consejo de la Unión ha seguido los pasos dados por la Comisión Europea y el Parlamento Europeo a favor del Convenio, que han instado también a los Estados miembros a ratificarlo y aplicarlo con urgencia. Esta posición de la UE es coherente, además, con los contenidos de la Carta Social Europea y con los de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión, especialmente en lo que se refiere a "unas condiciones de trabajo justas y equitativas y a la protección social.

Esta era, en definitiva, la situación imperante hasta la llegada de la pandemia del COVID-19 que si bien ha venido a cambiar la realidad tal y como la conocíamos, ha tenido un especial impacto en los colectivos más débiles, como el representado por el que nos ocupa, provocando que, *in fine*, el Ministerio de

de la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar".

39 PEREZ DEL PRADO, D. "El debate en torno a la protección por desempleo en el empleo doméstico", En VVAA: *Reflexiones sobre el Trabajo doméstico*. Bilbao, Gobierno Vasco, 2020, págs. 43-59.

Trabajo haya tenido que prever un subsidio extraordinario de desempleo. Esta importante novedad legislativa se encuentra recogida en el Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19[40] con el objetivo de proteger el empleo, pero también "ayudar a los más vulnerables y mantener el tejido productivo" de cara a "fomentarse una rápida vuelta a la normalidad una vez se restablezcan las condiciones de movilidad y se levanten las medidas de contención[41]".

Y, en este sentido, serán requisitos necesarios para que la empleada del hogar pueda acceder a esta ayuda: 1) que esté dada de alta en el sistema de Seguridad Social, 2) haya perdido su empleo o 3) haya reducido su jornada con motivo de la crisis sanitaria que está provocando el coronavirus, para lo cual bastará con que presente una carta de su empleador (artículo 30 del Real Decreto-ley 11/2020). Indica el artículo 31 del Real Decreto-ley 11/2020 que dicho subsidio se calculará aplicando el 70% a la base reguladora de la prestación por incapacidad temporal, con una cuantía máxima que se relaciona con los parámetros de subsistencia que, en la nación española, vienen configurados por la cuantía del Salario Mínimo Interprofesional (esto es, 950 euros al mes). El subsidio excepcional estará vigente durante un mes (contando desde la fecha de devengo) y podrá prorrogarse por períodos mensuales si así se determina por Real Decreto-ley (artículo 33 del Real Decreto-ley 11/2020).

Se trata, en definitiva, de un subsidio compatible con otras percepciones derivadas de la actividad por cuenta propia o ajena, como, por ejemplo: la prestación por incapacidad temporal que recibirá la empleada de hogar en caso de estar contagiada por COVID-19 o en periodo de cuarentena. No obstante, este subsidio podrá reducirse en caso de que se desarrolle una nueva actividad profesional (por cuenta propia o ajena), con posterioridad a la solicitud del subsidio. Esta medida supone un importante avance en pro a la protección social de las estas trabajadoras ya que, hasta ahora, las empleadas domésticas no han tenido acceso al subsidio de desempleo u otro tipo de ayuda económica.

40 BOE núm. 91 de 1 de abril de 2020.

41 Exposición de Motivos del_Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19.

Lo que el Real Decreto-Ley 11/2020 pretendía, *in fine,* era proteger, de algún modo, a este colectivo vulnerable en su falta de actividad bien por reducción de las horas trabajadas (en unos o varios hogares familiares) o bien por la extinción del contrato a causa del COVID-19. Por resolución de 30 de abril de 2020, del Servicio Público de Empleo Estatal, por la que se desarrolla el procedimiento para la tramitación de solicitudes del subsidio extraordinario por falta de actividad para las personas integradas en el Sistema Especial para Empleados de Hogar del Régimen General de la Seguridad Social regulado en el Real Decreto-Ley 11/2020, de 31 de marzo , por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19. Resolución que, como acertadamente se ha señalado, "no se despega en lo esencial en la regulación establecida en el Real Decreto-Ley 11/2020 que viene a establecer una prestación con rasgos asistencializadores: con una cuantía máxima austera y que tiene en cuenta de forma muy severa, como más abajo se dirá, los ingresos que tiene el solicitante[42]".

En suma, solo restar apuntar cómo de la puesta en práctica de este subsidio extraordinario para las personas trabajadoras del sistema especial de empleados del hogar se ha dicho que "con todas las limitaciones previstas y con la austeridad de su diseño, puede servir como laboratorio de prácticas para, cuando la economía y la oportunidad política lo permita, el diseño de una protección por desempleo estable y ordinaria para este sistema especial que todavía en el momento actual se encuentra excluida dicha contingencia de su catálogo de prestaciones"[43]. Lo demás, esta por ser escrito. El tiempo dirá.

3. LA DESIGUALDAD EN LA DESIGUALDAD: EL IMPRESCINDIBLE TRÁNSITO A LA CORRESPONSABILIDAD PARA DECONSTRUIR LA FEMINIZACIÓN DE LOS CUIDADOS

A la vista de ese repaso rápido por las diferencias más llamativas del régimen regulador, cabría dejar, siquiera apuntada, una hipótesis de reflexión. Que no es nueva, pero sí requiere un enfoque renovado. Una hipótesis de reflexión en torno a la consideración como eventualmente discriminatoria de la regulación

42 ÁLVAREZ CORTES, J.C.: "El subsidio extraordinario para personas empleadas del hogar familiar: una protección "asistencializada" e imperfecta. A propósito del Real Decreto-Ley 11/2020 y la Resolución de 30 de abril de 2020 del Servicio Público de Empleo Estatal", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 233, 2020.

43 *Ídem*.

laboral contenida en el RD 1620/2011, así como de las especialidades de la protección desde el sistema español de seguridad social de las personas trabajadoras de servicio doméstico. Que ha de inscribirse dentro de los contornos de la doctrina constitucional española, de una parte. Y, de otra, de la doctrina comunitaria del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Marco éste en que el formato de este trabajo no permite más que un trazado basto.

Por lo que respecta a la doctrina constitucional española, se ha de llamar la atención sobre el hecho de que, en la primera fase de vigencia del Estatuto de los Trabajadores de la Ley 8/1980, el Alto Tribunal fue llamado a pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de la norma laboral estatutaria, por cuanto no regulaba la relación laboral especial. Así la sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 26/1984, de 24 de febrero considero que no debía pronunciarse sobre ese extremo dado que, a falta de desarrollo reglamentario previsto en el Estatuto, el legislador era libre de remitir al gobierno el desarrollo concreto de la norma reguladora de la relación laboral especial, y entre tanto no laguna alguna, por cuanto supletoriamente regían las reglas civiles. Sin perjuicio de lo anterior, también es cierto que el desarrollo reglamentario se produjo enseguida, a través del Real Decreto 1424/1985.

Ya en la vertiente prestacional del sistema de Seguridad Social, la STC 268/1993, de 20 de septiembre, en el contexto normativo entonces vigente (en el que no se aseguraban las contingencias profesionales), asumió la doctrina consolidada de que el art. 14 de la CE "en principio no alcanza a corregir las desigualdades existentes entre los distintos Regímenes que integran la Seguridad Social. La articulación del sistema en un Régimen General y diversos Regímenes Especiales se justifica por las peculiaridades socio-económicas, laborales, productivas o de otra índole que concurren, aun cuando la legislación posterior tienda a conseguir la máxima homogeneidad con el Régimen General que permitan las disponibilidades financieras", y citaba el elenco de sentencias en sentido semejante respecto de otros regímenes[44].

Siendo cierto y verdad que la ley 27/2011 transmutó esa disonancia, para incluir en el Régimen General de la Seguridad Social al colectivo de personas trabajadoras al servicio del hogar familiar, sin embargo, como ya se ha adelantado,

44 STC 173/1988 y AATC 78/1984, 112/1984, 123/1984, 460/1984, 94/1985. 552/1985, 590/1985, 987/1986, 1379/1987, 1015/1988, 241/1989 y 341/1989.

creaba un sistema especial, no solo de cotización, sino también de regímenes prestacionales.

Pues bien, aunque se trate de un contexto distinto, el argumento basal del Tribunal aparentemente seguiría siendo predicable, pues en aquella sentencia ya indicaba que "la justificación de la diversidad de tratamiento normativo puede encontrarse, en primer lugar, en la incuestionable singularidad del trabajo al servicio del hogar familiar (STC 26/1984), que explica su consideración como relación laboral de carácter especial con régimen jurídico peculiar " (FJ 4) de manera que la distinta regulación de las condiciones de trabajo -en aquella sentencia lo relevante era la regulación del tiempo de trabajo y los descansos, que generaba problemas de objetivación de un accidente como profesional- justificaría un distinto régimen jurídico prestacional. Es más, en esa misma sentencia, se justificada el distinto tratamiento prestacional amparado en la distinta intensidad de la cotización[45] y, por tanto, en la aplicación del principio contributivo del sistema.

Se llevaba a cabo, de este modo y manera, una argumentación tautológica, en la medida en que se estimaba que no había discriminación en la distinta protección, porque estaba justificada objetivamente en la contribución diferenciada. Se omitía en el discurso que esa distinta contribución de las personas trabajadoras de servicio doméstico no es un hecho voluntario resultado de la decisión individual, sino efecto de la aplicación automática e insoslayable de la normativa vigente en materia de cotización. Aun cuando, además, se mantenía que esa configuración distinta de la protección en el régimen especial (ahora SEEH), era consecuencia de que los sujetos protegidos se vinculaban con la persona empleadora a través de una relación laboral de carácter especial, justificada a su vez por las características particulares de la prestación de trabajo (lugar de trabajo, falta de ánimo de lucro del sujeto empleador, implicaciones de privacidad).

Siendo ese el marco general, sería plausible que hubiera una posible línea de abordaje desde los nuevos enfoques de la discriminación indirecta. Simplifi-

45 Se mantenía que la falta de esa cotización adicional por accidentes de trabajo no era "causa irrazonable ni desproporcionada para que en el Régimen Especial que se examina la prestación de invalidez en su modalidad contributiva se haga depender de un período previo de cotización, buscando cierto equilibrio económico del Régimen, garantizado en el Régimen General por una cotización adicional aquí inexistente. No puede negarse al legislador la posibilidad de prever tal configuración, sin perjuicio de que constituya un *desideratum* la equiparación de acción protectora, que no es, sin embargo, un imperativo constitucional en la cuestión examinada" (FJ 5).

cando mucho, en efecto, de un modo genérico, la STC 91/2019, de 3 de julio, abre una brecha a esa argumentación tautológica, a partir de la consideración como potencialmente discriminatoria, de una regulación que estadísticamente afecta mayoritariamente a mujeres. Algo que podría acabar extrapolándose al trabajo de servicio doméstico.

Desde el ámbito de la jurisprudencia comunitaria, se sigue una línea semejante. Incluso es remarcable la existencia de un último exponente concretamente referido a las trabajadoras de servicio doméstico. Se trata de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de enero de 2021 (asunto c-843/19)[46] en la que se retoma la aplicación de la prohibición de discriminación indirecta como límite al ejercicio por los Estados de sus competencias en materia de Política social. Y aunque devuelve al Tribunal español la decisión de valoración de la existencia de discriminación indirecta a partir de constataciones estadísticas[47], no deja de tener valor porque apuntala la idea que ya sirviera en el año 2019 para propiciar la reforma legislativa de las reglas de cálculo de las pensiones de jubilación de las personas trabajadoras a tiempo parcial[48].

De esta forma se abre una línea propedéutica para revisar cómo la feminización del trabajo de servicio doméstico, en la actualidad, genera una situación de desigualdad extrema, que podría entenderse que vulnera la normativa

46 Dictada en el marco de una cuestión prejudicial planteada por auto de 12 de noviembre de 2019 por la sala de lo social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y que tenía por objeto la interpretación del artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social (DO 1979, L 6, p. 24; EE 05/02, p. 174

47 Falla que "el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que, en caso de que un trabajador afiliado al régimen general de la seguridad social pretenda jubilarse voluntaria y anticipadamente, supedita su derecho a una pensión de jubilación anticipada al requisito de que el importe de esta pensión sea, al menos, igual a la cuantía de la pensión mínima que correspondería a ese trabajador a la edad de 65 años, aunque esta normativa perjudique en particular a las trabajadoras respecto de los trabajadores, extremo que incumbe comprobar al órgano jurisdiccional remitente, siempre que esta consecuencia quede justificada no obstante por objetivos legítimos de política social ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo".

48 Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 8 de mayo de 2019 (Asunto C-161/18), que impulsó en cierto modo la Sentencia del Tribunal Constitucional 91/2019, de 3 de julio, que declara la nulidad del precepto que regula el cálculo de la pensión de jubilación en casos de trabajo a tiempo parcial.

comunitaria. Especialmente en lo que se refiere a la exclusión de la protección por desempleo.

En síntesis, por más que las diferencias de trato puedan encontrar justificaciones aparentemente objetivas ligadas al principio contributivo, si las diferencias de contribución provienen de una determinada configuración normativa que no permite realizar aportaciones equivalentes a las de una persona trabajadora con relación laboral común, y eso afecta estadísticamente a mujeres, se abre la posibilidad a exigir una automática reforma legislativa para acomodar la legislación española a la normativa comunitaria. Reflexión ésta que, como ya se ha advertido, no cabe desarrollar ahora con toda la profundidad deseable.

Quizás el abordaje desde la teoría general de la igualdad y la no discriminación resulte complicada desde la perspectiva más positivista, pero cabria un abordaje que circunvale esa dificultad, para acometer, desde la de *facto*, el cambio normativo, ya no desde la igualdad, sino como resultado de un género de *efecto mariposa* ligado a los cambios cultuales en un aspecto conexo, como el de la corresponsabilidad en los cuidados.

Los esfuerzos normativos adelantados, con loables propósitos pero no siempre certeros, no han conseguido dar cumplimiento al pretendido objetivo de equiparar las condiciones laborales y de protección social de este colectivo históricamente infravalorado. Ello demuestra que el trabajo doméstico y su estrecho vínculo, en el modelo mediterráneo de cuidados familiares, con los esquemas de conciliación clásicos requieren de un cambio sociológico más profundo encaminado a la construcción de la corresponsabilidad o, en sentido negativo, a la deconstrucción de la feminización de la conciliación. Y para ello es imprescindible que, en los hogares, las tareas de cuidado sean asumidas, equitativa e indistintamente, por los dos miembros de la progenitura desmontando el reparto de roles tradicional de las sociedades patriarcales.

Si, como se evidencia, ya no van a ser necesariamente las mujeres de la familia las que asuman el cuidado, se ha de externalizar ese cuidado bien mediante el recurso a servicios públicos de cuidado (educativos, de atención a la discapacidad y a la dependencia), si los hay y se perciben como asequibles y de calidad; bien mediante el recurso a servicios privados de cuidado y, con carácter absolutamente preferente, a través de la contratación directa de personal de servicio doméstico. Se haría más necesario que nunca antes, por tanto, dignificar el empleo doméstico y de los cuidados en tanto en cuanto "son trabajos invisibilizados

pero imprescindibles para el funcionamiento de la sociedad: las empleadas del hogar y cuidadoras sufren desprotección y precariedad con respecto al resto de personas trabajadoras (…) Para hacer frente a esta situación es imprescindible reconocer la necesidad urgente e imperiosa de organizar socialmente los cuidados. El sistema que ha funcionado hasta ahora para hacernos cargo de las personas dependientes no va a funcionar en el futuro, la población va a envejecer y está claro que estamos en un contexto de crisis que apunta que no todo puede recaer en el Estado, pero tampoco todo puede recaer en la familia y tampoco puede recaer en los individuos y en el hecho de si tienen o no recursos para poder contratar esos servicios de cuidado[49]".

Las nuevas políticas públicas de conciliación y corresponsabilidad podrían suponer una nueva forma de resolver las múltiples lagunas existentes. La novedad radica en el hecho cierto de que ya no sea factible reformar las instituciones laborales, sino que es del todo preciso intervenir en la vertiente económica del cuidado mediante la transferencia de recursos monetarios, directos o indirectos, a aquellas personas trabajadoras, eminentemente mujeres, pero también hombres, que no pueden externalizar el cuidado.

El impulso que el debate internacional respecto de la mercantilización del trabajo doméstico y de cuidados y la inclusión de una política de corresponsabilidad que incluya al Estado, la sociedad y la familia, para menguar las cargas a las que diariamente se ven sometidas las mujeres y de esta manera, permitir que las mismas puedan tener iguales oportunidades laborales que los hombres ha sido determinante. Así, tanto la Agenda 2030 y el ODS 5 sobre igualdad de género como el convenio nº 189 OIT sobre trabajadoras y trabajadores domésticos han tenido un efecto innegable en el cambio de paradigma que supone que la práctica de cuidar no tenga género y apostar por alternativas en las que se promueva un cambio real de paradigmas sociales respecto de los cuidados[50], que se ha de sustentar, eminentemente, en el apoyo a las prestaciones de cuidado profesionalizadas.

49 SANZ SÁEZ, C.: "La precarización como realidad de mercado: la frontera entre el empleo doméstico y el trabajo de cuidados", *Lex Social. Revista de Derechos Sociales*, vol. 11, nº 1, 2021, pág. 528-529.

50 El Consejo de Ministros del pasado 9 de marzo aprobó el Plan Corresponsables con 190 millones de euros para la conciliación de las familias en España mediante la corresponsabilidad del Estado en el cuidado de niños y niñas menores de 14 años. Disponible en https://www.igualdad.gob.es/comunicacion/notasprensa/Documents/NdeP/NdeP_Corresponsables_090321.pdf

Una vez que, ligado a estas políticas públicas innovadoras, se ponga en marcha el engranaje de la profesionalización del sector, es plausible que el mercado de los cuidados quede completamente profesionalizado[51]. En efecto, si bien en la vertiente de la educación infantil y la asistencia sanitaria y socio-sanitaria en centros de atención a la discapacidad y la dependencia, ya está institucionalizada una actividad formativa de cualificación profesionalizante; no obstante, en la prestación de servicios de cuidado en el hogar aún no.

En la medida en que las políticas de corresponsabilidad en esta nueva dimensión de subvención del cuidado en determinadas circunstancias, pivoten sobre la profesionalización de las prestaciones y sobre la formalización de las relaciones jurídicas de externalización del cuidado, son esperables varios efectos positivos[52]. De una parte, mejorará la calidad de los cuidados; de otra, se visibilizará también el modo en el que los cuidados son parte del sistema productivo general porque hacen sostenible la presencia en el mercado de las personas trabajadoras que externalizan sus necesidades de cuidado; pero, además, se revalorizará el valor económico y social de ese cuidado en sí mismo, con repercusión en unas condiciones laborales más dignas que pueden incluso general el fin de la feminización del sector.

Y es que, para concluir, sólo cuando quede redignificado el trabajo de cuidados, y se perfile un mercado formal de los cuidados, profesionalizado y sin connotaciones de actividad ligada a roles sociales asignados por la cultura patriarcal a las mujeres y sólo entonces cabrá imaginar que pueda tratarse de una actividad profesional más, sin género.

51 GRAU PINEDA, C.: "El derecho a la formación y a la cualificación profesional en el empleo doméstico", *Lex social: revista de los derechos sociales,* Vol. 11, Nº. 1, 2021, págs. 474-508.

52 QUINTERO LIMA, G. Y GRAU PINEDA, C.: "A new work-life balance policy: The opportunity to formalise care (domestic) work", *op. cit*.

LA IGUALDAD RETRIBUTIVA ENTRE MUJERES Y HOMBRES: UN DESAFÍO URGENTE PARA EL DERECHO DEL TRABAJO

SARAI RODRÍGUEZ GONZÁLEZ

Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad de La Laguna. Miembro del Instituto Universitario de Estudios de las Mujeres de la ULL. Sus áreas de investigación principales son la conciliación de la vida laboral y familiar, el tiempo de trabajo y la igualdad retributiva entre mujeres y hombres. Sobre estas temáticas ha publicado dos monografías y varios estudios en revistas especializadas y en obras colectivas.

ABSTRACT: Despite the normative recognition of the right to equal pay for men and women, the gender pay gap remains an unsolved social problem and a priority challenge in both the 2030 Agenda for Sustainable Development and the European Strategy for Gender Equality 2020-2025. Closing the gender pay gap requires a strategic, transversal and inclusive approach to correct direct and indirect discrimination (including algorithmic discrimination) in the various causes of the gender pay gap through legislative and non-legislative measures, with transparency at their epicentre. This challenge has taken on new dimensions in the current economic recovery process following the severe effects of the global health crisis of COVID-19.

KEYWORDS: Gender, pay gap, transparency.

1. LA IGUALDAD RETRIBUTIVA POR RAZÓN DE SEXO EN EL CENTRO DE LA RECUPERACIÓN ECONÓMICA TRAS LA CRISIS SANITARIA DEL COVID-19

A pesar de tiempo transcurrido desde la adopción del Convenio 100 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), sobre igualdad de remuneración entre mano de obra masculina y femenina (1951), el derecho de trabajadoras y trabajadores a recibir la misma retribución por un trabajo igual o de igual valor continúa siendo un reto del futuro del trabajo. Las cifras de brecha salarial dan muestra de ello. Según el *Informe Mundial sobre Salarios 2019-2020* utilizando la metodología que pondera la brecha salarial por factores, la brecha salarial de género a escala mundial asciende al 19%[1].

Del mismo modo, la aplicación efectiva del derecho fundamental a la igualdad de retribución entre mujeres y hombres por un mismo trabajo o por un trabajo de igual valor, consagrado en el artículo 157 del TFUE y en el art. 4 de la Directiva 2006/54/CE, sigue constituyendo un importante desafío en la UE. Según los datos de Eurostat, en la UE las mujeres ganan, por término medio, un 14 % menos que los hombres[2]. Los ingresos brutos por hora de las mujeres respecto a los de los hombres varían significativamente entre los Estados miembros de la UE, con las mayores diferencias en Estonia (21,7 %), Letonia

1 Rodríguez González, S., *La no discriminación retributiva por causa del sexo y del género. Un derecho constitucional laboral específico*, Bomarzo, Albacete, 2020, pp. 33 y ss.

2 Últimos datos del Eurostat sobre el índice de la brecha retributiva de género en https://ec.europa.eu/eurostat/web/products-datasets/-/SDG_05_20

(21,2 %), Austria (19,9 %) y Alemania (19,2 %). En contra, la diferencia salarial es menor en países como Luxemburgo (1,3 %), Rumania (3,3 %), Italia (4,7 %) y Bélgica (5,8 %)[3].

La crisis sanitaria, económica y social que ha provocado la pandemia del COVID-19 ha revertido la tendencia hacia el progreso global en materia de igualdad de género y, la igualdad en las retribuciones no es una excepción[4]. En particular, la crisis sanitaria ha vuelto a poner de manifiesto los retos particulares a los que se enfrentan las mujeres[5], empleadas mayoritariamente en trabajos de valor esencial, pero económicamente subestimados como son los servicios sociales, de la salud, los servicios de emergencia y de limpieza. De ello da cuenta el *Informe Mundial sobre Salarios 2020-2021: Los salarios y el salario mínimo en tiempos de la COVID-19,* que establece que la crisis no ha tenido las mismas consecuencias para las mujeres que para los hombres*:* "sin el pago de subsidios salariales, los trabajadores hubieran perdido el 6,5 por ciento de la masa salarial entre el primer y el segundo trimestre de 2020. En el caso de las mujeres, la pérdida hubiera sido de un 8,1 por ciento frente al 5,4 por ciento en el de los hombres. Esta diferencia se deriva sobre todo de la reducción de las horas de trabajo, más que de la diferencia en el número de despidos. La masa salarial perdida a consecuencia de la caída de las horas de trabajo fue del 6,9 por ciento en el caso de las mujeres, frente al 4,7 por ciento en el de los hombres"[6]. En el mismo sentido, la Comisión su *Informe anual sobre la igualdad de género en la UE de 2021*[7] señala las repercusiones negativas de la pandemia de COVID-19 en las mujeres y pone de manifiesto que la pandemia ha exacerbado las desigualdades existentes entre mujeres y hombres en casi todos los ámbitos de la vida, tanto en Europa como fuera de ella, revirtiendo los logros de los últimos años. Como respuesta a esta realidad, la Coalición Internacional para la Igualdad Salarial

3 En el caso de España, según los datos oficiales desagregados por sexo publicados por el INE, y cuya última actualización se remonta a 2018, la brecha salarial en ese año fue del 21,41%, y en cuanto a las diferencias salariales, las mujeres cobraron 5.726 euros menos que los hombres.

4 EUROFOUND, *Women and labour market equality: Has COVID-19 rolled back recent gains?,* Oficina de Publicaciones de la Unión Eurpea, Luxemburgo, 2020.

5 OIT, *The COVID-19 response: Getting gender equality right for a better future for women at work*, OIT, Ginebra, 2020; OIT; *Observatorio de la OIT: La COVID-19 y el mundo del trabajo*. Sexta edición. Estimaciones actualizadas y análisis, Ginebra, 23 de septiembre de 2020.

6 En el Informe Mundial de salarios se advierte que en España los salarios de las mujeres se han visto reducidos un 14,9%, frente al 11,3 de los hombres durante la segunda mitad de 2020, teniendo en cuenta la pérdida de empleo y el descenso en el número de horas trabajadas.

7 Comisión Europea, 2021-Report on Gender Equality in the EU, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2021.

(EPIC), el 18 de septiembre de 2020, con motivo del primer Día Internacional de la Igualdad Salarial, a través de su campaña "*Reconstruir mejor para el futuro del trabajo garantizando la equidad salarial*", lanzó un llamamiento mundial a la acción conjunta para tomar las medidas necesarias para garantizar que la igualdad en las retribuciones se sitúe en el centro de los esfuerzos de la recuperación de las secuelas de la pandemia mundial del COVID-19[8].

La consecución de la igualdad retributiva por razón de sexo no es solo un elemento imprescindible para la recuperación económica, sino que continúa estando, por tanto, en el centro de las estrategias que confluyen en la configuración de un trabajo decente. La Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, especialmente la meta 8.5 fija como objetivo "de aquí a 2030, lograr el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todas las mujeres y los hombres, incluidos los jóvenes y las personas con discapacidad, así como la igualdad de remuneración por trabajo de igual valor". La necesidad de reformar este objetivo se ha evidenciado en el *Informe de Desarrollo Sostenible*[9] que muestra cómo la pandemia de la COVID-19 ha revertido el progreso de los ODS como consecuencia, fundamentalmente, del aumento de las tasas de pobreza y el desempleo. El Informe subraya que crisis de la COVID-19 ha impactado en las tres dimensiones del desarrollo sostenible (económica, social y ambiental) y concluye que la Década de Acción por los ODS es crucial para apoyar un desarrollo sostenible, inclusivo, y recuperación resiliente; de ahí que hacer realidad esta agenda requiera el establecimiento de un conjunto de políticas y medidas integradas, inclusivas y transformadoras, que se orienten por las normas internacionales del trabajo. En este sentido se han orientado las conclusiones del *Foro Generación Igualdad* celebrado entre el 30 de junio y el 2 julio de 2021 en París, en el que se han fijado una serie de compromisos que se han materializado en el *Plan de Aceleración Global para la Igualdad de Género 2021-2026,* entre ellos, la promoción de la justicia económica y los derechos de las mujeres a través de su cadena de valor global así como el fomento de la autonomía económica de las mujeres.

8 OIT, *La respuesta al COVID-19: Lograr la igualdad de género en pos de un mejor futuro para las mujeres en el trabajo*, Departamento de condiciones de trabajo e igualdad de género, Ginebra, mayo 2020.

9 Sachs, J., Kroll, C., Lafortune, G., Fuller, G., Woelm, F., *The Decade of Action for the Sustainable Development Goals: Sustainable Development Report 2021*, Cambridge University Press, Cambridge, 2021.

El compromiso de la OIT de hacer realidad la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible se refleja en las prioridades programáticas actuales de la OIT, que combinan la lucha contra la discriminación de género y contra los prejuicios respecto del acceso de las mujeres a los mercados del trabajo y su progresión en los mismos; la justa valoración del trabajo de las mujeres y la reducción de la brecha salarial por motivo de género; el apoyo a una distribución más equitativa del trabajo de cuidados no remunerado entre las familias y el Estado y entre los hombres y las mujeres, y la eliminación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo. La *Declaración del centenario de la OIT para el Futuro del Trabajo* (2019)[10] apuesta por un enfoque centrado en el ser humano para el futuro del trabajo como elemento central para el desarrollo sostenible en el mundo. En la Declaración, la Conferencia exhorta a todos los Miembros a seguir desarrollando su enfoque del futuro del trabajo centrado en las personas mediante: "*A. El fortalecimiento de las capacidades de todas las personas para beneficiarse de las oportunidades de un mundo del trabajo en transición, a través de: (i) el logro efectivo de la igualdad de género en materia de oportunidades y de trato*".

La misma brújula orienta los esfuerzos de la Unión Europea por una Europa social justa, integradora y plena de oportunidades en el siglo XXI[11]. En enero de 2020, la Comisión, en su Comunicación sobre "*Una Europa social más fuerte para una justa transición*"[12], se alineaba en sus objetivos y en su enfoque con la Declaración del Centenario de la OIT para el Futuro del Trabajo[13], instado a los Estados miembros de la UE a seguir un enfoque del futuro del trabajo centrado en las personas como elemento central para el desarrollo sostenible. De este modo, la UE hace suyas las consideraciones de la Comisión del Futuro del trabajo de que uno de los ejes sobre el que gira el objetivo genérico de la universalización de un "trabajo decente y sostenible" es la igualdad de género. El 5 de marzo de 2020, se lanzaba la *Estrategia Europea para la Igualdad de Género 2020-2025*[14], respondiendo así al ODS 5 y a la condición de la igualdad de género

10 OIT, Declaración del centenario de la OIT para el Futuro del Trabajo adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo, 108a reunión, Ginebra, 21 de junio de 2019.

11 Pilar Europeo de Derechos Sociales (Gotemburgo, 2017).

12 COM (2020) 14 final.

13 El 24 de octubre de 2019 el Consejo de la UE en sus Conclusiones "The Future of Work: the European Union promoting the ILO Centenary Declaration" ha acogido la Declaración del centenario de la OIT.

14 Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Una Unión de la igualdad: Estrategia para la Igualdad de Género 2020-2025. COM/2020/152 final.

como prioridad transversal a todos los ODS. Entre las áreas priorizadas por la Estrategia Europea para la igualdad se incluye "prosperar en una economía con igualdad de género" y para lograrlo es necesario colmar las brechas de género en el mercado de trabajo y, en particular, la brecha salarial y de pensiones entre hombres y mujeres[15].

El ritmo de los avances en los objetivos y áreas priorizadas por la Estrategia iba a enfrentarse a un obstáculo inesperado y que cambiaría por completo el escenario y las prioridades de actuación. La irrupción de la crisis sanitaria del COVID-19 provocó que los esfuerzos de la UE por avanzar en materia de igualdad retributiva entre hombres y mujeres se aplazaran. Fue en 4 marzo de 2021, cuando la Comisión Europea presentó el *Plan de Acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales*[16], que había sido proclamado en la Cumbre social europea de Gotemburgo (2017) estableciendo veinte principios claves —pero no vinculantes— para la consecución de una Europa social justa, integradora y plena de oportunidades en el siglo XXI, entre los que se encuentra el derecho de hombres y mujeres a la igualdad de retribución para un trabajo equivalente. Este Plan de acción propone una serie de iniciativas concretas y fija tres objetivos principales en las áreas de empleo, capacidades y protección social que deben alcanzarse para finales de la presente década para hacer lograr la "plena aplicación" del Pilar[17] con el fin de lograr una "una Europa social fuerte [que] allane el camino para una recuperación socioeconómica justa, integradora y resiliente".

Este Plan de Acción *del Pilar Europeo de Derechos Sociales* constituyó la contribución de la Comisión a la Cumbre Social de Oporto celebrada en mayo de 2021 en la que las instituciones de la UE, los interlocutores sociales europeos y los representantes de la sociedad civil firmaron conjuntamente el *Compromiso Social*

15 La Estrategia Europea para la Igualdad de género establece que "las mujeres y los hombres en toda su diversidad deben gozar de igualdad de oportunidades para prosperar y ser independientes económicamente, recibir la misma retribución por un trabajo de igual valor, gozar de igualdad de acceso a la financiación y recibir pensiones justas".

16 COM (2021)102 Final. El Plan de Acción se basa en una consulta a gran escala iniciada hace aproximadamente un año [COM(2020) 14 final, de 14 de enero de 2020] en la que se recibieron más de mil contribuciones de ciudadanos, instituciones y organismos de la UE, Estados miembros, autoridades regionales y locales, interlocutores sociales y organizaciones de la sociedad civil . Los resultados de la consulta se presentan en el documento de trabajo de los servicios de la Comisión que acompaña a la presente Comunicación [SWD(2021) 46].

17 Recomendación (UE) 2017/761 de la Comisión de 26 de abril de 2017 sobre el Pilar europeo de derechos sociales.

de Oporto[18], que más allá de su virtualidad como estrategia para la recuperación económica tras la crisis sanitaria del COVID-19, constituye un compromiso a largo plazo para la construcción de una Europa más inclusiva y más social.

2. LA TRANSPARENCIA RETRIBUTIVA COMO INSTRUMENTO DE GARANTÍA DE LA IGUALDAD EN LAS RETRIBUCIONES ENTRE MUJERES Y HOMBRES

La discriminación retributiva individual y el sesgo sistémico en las estructuras retributivas son dos de las causas primigenias de la brecha retributiva de género[19]. La invisibilidad del sesgo de género unida al carácter aparentemente neutral y objetivo del sistema de clasificación profesional, de la determinación del salario y de la medición del rendimiento dificulta y limita la capacidad de las personas trabajadoras para impugnar las decisiones empresariales reclamando la tutela propia de las discriminaciones retributivas indirectas por razón de sexo[20]. Iniciativas recientes emprendidas a nivel internacional y en el ámbito de la Unión Europea coinciden al indicar que contar con adecuados niveles de transparencia en esta materia constituye la estrategia más adecuada para combatir la brecha en las retribuciones, especialmente cuando se trata de combatir las discriminaciones retributivas indirectas por razón de sexo y género.

En este sentido, el Informe de la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo *"Trabajar para un futuro más prometedor"* (2019) apostaba por aplicar un programa transformador y mensurable con políticas salariales transparentes e incentivos para que las empresas asumieran compromisos y metas concretos. A tal fin, indicaba que "las políticas de transparencia salarial, como el cumplimiento de requisitos obligatorios de presentación de información y otras medidas que protegen el derecho de los trabajadores a compartir información, pueden arrojar luz sobre la magnitud de las diferencias salariales basadas en el género y facilitar que se corrijan"[21]. En consonancia con ello, la *Declaración del Centenario de la*

18 Los tres objetivos a alcanzar antes de 2030 son: a) que al menos el 78% de las personas de 20 a 64 años tengan un empleo; b) que al menos el 60% de todos los adultos participen en actividades de formación cada año; y c) que el número de personas en riesgo de pobreza o exclusión social se reduzca en al menos 15 millones, incluidos al menos 5 millones de niños. Disponible en https://www.2021portugal.eu/en/porto-social-summit/porto-social-commitment

19 SWD (2021) 42 final.

20 Tufekci, Z., York, J.C.; Wagner, B.; Y Kaltheuner, F., *The Ethics of Algorithms: From Radical Content to Self-Driving Cars,* European University Viadrina, Berlin, 2014.

21 OIT, Trabajar para un futuro más prometedor – Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo Oficina Internacional del Trabajo – Ginebra, OIT, 2019, p. 35; OIT, Perspectivas Sociales y del Empleo en el Mundo: Tendencias 2018, Ginebra.

OIT para el Futuro del Trabajo (2019), considera que la OIT debe orientar sus esfuerzos a "lograr la igualdad de género en el trabajo mediante un programa transformador, evaluando periódicamente los progresos realizados, que asegure la igualdad de oportunidades, la participación equitativa y la igualdad de trato, incluida la igualdad de remuneración entre mujeres y hombres por un trabajo de igual valor".

La búsqueda de soluciones a la brecha de género en las retribuciones a través de medidas de transparencia salarial está presente en el reciente Informe "*La contribución del diálogo social a la igualdad de género" (2021)* que subraya la importancia de que la negociación salarial tenga presentes los sistemas salariales discriminatorios y la infravaloración del trabajo de la mujer, así como promover la aplicación de medidas específicas para la igualdad salarial de género, como las auditorías salariales de género, el recurso a métodos objetivos de evaluación de los puestos de trabajo y los planes de acción dirigidos a detectar y tratar la brecha salarial entre hombres y mujeres[22]. No puede dejar de destacarse en este punto, la importancia que desempeñan el diálogo social internacional y los acuerdos marcos globales (AMG) en la universalización de los derechos sociales fundamentales garantizados como núcleo mínimo por las normas laborales fundamentales de la OIT[23] incluida la observancia de la igualdad de oportunidades y del principio de no discriminación[24]. Estos mecanismos de aplicación de los estándares justos de trabajo constituyen un marco de referencia imprescindible que condiciona la actividad de la empresa transnacional y ejerce *vis* expansiva hacia todos los lugares ocupa y todas las relaciones que entabla la empresa globalizada y va construyendo "un suelo igualador de las condiciones de competencia internacional entre empresas". En los AMG existen prescripciones concretas en materia salarial, siendo usual "la referencia a los estándares nacionales (…) del país en el que se haya establecido la empresa, aunque puede ser completada con el compromiso de garantizar un salario mínimo de cierre o con la aplicación de los Convenios de la OIT sobre salarios"[25].

22 OIT-Global Deal, *La contribución del diálogo social a la igualdad de género*, OIT, 2021.

23 El Convenio núm. 100 de la OIT es uno de los convenios fundamentales reconocidos como tal en la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento de 1998.

24 Pillinger, J., Schmidt, V. y Wintour, N., *Negociando por la igualdad de género: relaciones laborales y negociación colectiva,* OIT, Ginebra, 2016; Pillinger, J., *Bargaining for equality: How collective bargaining contributes to eliminating pay discrimination between women and men performing the same job or job of equal value,* ETUC, 2014.

25 Baylos Grau, A., "Un instrumento de regulación: Empresas transnacionales y acuerdos marco

También la UE ha incorporado esta preocupante situación a sus prioridades, de ahí que en sus documentos más recientes aborde la lucha contra la discriminación retributiva desde el impulso de acciones que favorezcan la transparencia[26]. De hecho, la *Recomendación de la Comisión Europea de 7 de marzo de 2014, sobre el refuerzo del principio de igualdad de retribución entre mujeres y hombres a través de la transparencia*[27] advertía que "una mayor transparencia puede poner de manifiesto un sesgo en función del género, así como la discriminación en la fijación de salarios de una empresa u organización" y también que "el valor del trabajo deberá evaluarse y compararse utilizando criterios objetivos tales como los requisitos educativos, profesionales y de formación, la cualificación, el esfuerzo y la responsabilidad, los trabajos realizados y la naturaleza de las tareas en cuestión". La recomendación proponía medidas para facilitar la transparencia de los salarios en las empresas, como por ejemplo mejorar la facilidad de acceso de los empleados a información sobre sus salarios o establecer sistemas de información de pagas y sistemas de clasificación de puestos no discriminatorios por razón de sexo en las empresas. Además, incluía iniciativas tales como auditorías en las empresas y transparencia en las nóminas de cara a visibilizar la desigualdad salarial de hombres y mujeres. La exigencia de publicación de los datos relativos a las retribuciones pretendía convertirse en un incentivo para que las empresas analizaran y corrigieran sus propias prácticas salariales. Además, se indicaba que la notificación de datos sobre el salario desagregados por sexo podía configurarse a nivel interno como un proceso voluntario o preceptivo para las empresas con el fin de que recopilen y proporcionen sus datos a los organismos gubernamentales, pero los detalles de esta medida podían variar mucho de un país a otro[28].

La forma de incorporar este principio de igual remuneración por trabajo de igual valor varía en las legislaciones nacionales tanto en Europa como en el

globales", *Cuadernos de Relaciones Laborales,* vol. 27, núm.1, 2009, p. 117.

26 La primera referencia general a la transparencia salarial aparece en la Decisión del Consejo Europeo de 22 de julio de 2003, relativa a las Directrices para las políticas de empleo de los Estados miembros (2003/78/CE).

27 2014/114/UE. DOUE L 69/112 de 8 de marzo.

28 De hecho, así ha sido. Las leyes o acciones en materia de igualdad retributiva adoptadas hasta el momento por distintos países de la Unión Europea (Alemania, Bélgica, Dinamarca, Portugal, etc.) varían significativamente de unas a otras en aspectos tales como el carácter preceptivo o voluntario de las auditorías salariales, el volumen de plantilla que se establece como límite para la exigencia de las auditorías, etc. Rodríguez González, S., "Discriminación retributiva por razón de género y responsabilidad Social Corporativa", Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, número extraordinario dedicado a la Mujer en el futuro del trabajo, 2019, pp. 249-286.

resto de países[29]. Algunos países (Suecia, Islandia, Ontario o Quebec), han desarrollado modelos basados en la obligatoriedad y en una descripción detallada del proceso a seguir para reducir la brecha salarial en las empresas en base a una herramienta de evaluación de trabajos de igual valor. Otros países (Reino Unido y Países Bajos) han optado por un modelo más centrado en la igualdad de las oportunidades que en la igualdad de los resultados, ofreciendo una guía a las empresas en el proceso de evaluación de los puestos de trabajo y de sus políticas, pero no se les requiere tomar medidas en un marco temporal concreto para reducir la brecha salarial.

Entre las áreas de actuación priorizadas por el Plan de acción 2017-2019 *Abordar la brecha salarial entre hombres y mujeres*[30], se incluyeron: revalorizar las habilidades, esfuerzos y responsabilidades de las mujeres; visibilizar las desigualdades y estereotipos; y mejorar las alianzas para abordar la brecha salarial de género. En este Plan de acción, la Comisión evaluó la necesidad de introducir nuevas disposiciones legales para mejorar el cumplimiento del principio de igualdad de retribución y de oportunidades mediante el aumento de la transparencia retributiva. En junio de 2019, el Consejo solicitó a la Comisión Europea que elaborara disposiciones concretas para aumentar la transparencia salarial[31].

En el mismo sentido, el Parlamento Europeo en su *Resolución de 3 de octubre de 2017, sobre el empoderamiento económico de la mujer en los sectores público y privado en la UE*[32] llamaba la atención sobre la necesidad de "establecer un sistema público que permita cartografiar la situación salarial, recopilando los datos necesarios a tal efecto, a fin de eliminar la brecha salarial de género ejerciendo presión sobre los sectores público y privado para que evalúen sus estructuras de remuneración y corrijan las diferencias de género detectadas, y que ofrezca la posibilidad de crear una «cultura de sensibilización» que impida aceptar socialmente las brechas salariales de género de un sector o en una empresa" (considerando S).

29 Eusko Jaurlaritza, *El trabajo de igual valor. Guía práctica para identificar puestos de trabajo de igual valor sin sesgos de género,* Servicio central de publicaciones del Gobierno vasco, Vitoria, 2021.

30 Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo: Plan de Acción de la UE 2017-2019 Abordar la brecha salarial entre hombres y mujeres. COM (2017) 678 final.

31 Conclusiones del Consejo EPSCO de 13 de junio de 2019, doc. 10349/19.

32 2017/2008(INI).

El compromiso asumido por la presidenta de la Comisión Europea en sus *Orientaciones políticas para la Comisión Europea* (2019-2024)[33], referido a que la igualdad se erigiera en una la piedra angular de toda la política europea y de presentar una propuesta para introducir medidas de transparencia salarial vinculantes, se plasmó en la *Estrategia para la Igualdad de Género 2020-2025*[34], que señala que "la eliminación de la brecha salarial de género exige abordar todas sus causas profundas, incluidas la menor participación de las mujeres en el mercado de trabajo, el trabajo invisible y no remunerado, el mayor uso por parte de las mujeres del trabajo a tiempo parcial y de las interrupciones de la carrera profesional, así como la segregación vertical y horizontal basada en los estereotipos de género y la discriminación" 35. Se insiste así en la necesidad de que la política de la UE en esta materia mantenga un enfoque transversal, interseccional e integrador, que incluya la revisión del funcionamiento y la aplicación de la legislación de la UE en materia de igualdad de retribución y el principio de igualdad de retribución como base para su acción. Para reforzar las previsiones de la Estrategia, la Comisión sostenía que presentaría a finales de 2020 medidas vinculantes en materia de transparencia salarial. El advenimiento de la pandemia del COVID-19 paralizó los avances proceso de consulta destinado a conseguir una Directiva Europea de Transparencia Salarial.

Las actuaciones se relanzaron con la publicación de la *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se refuerza la aplicación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor a través de medidas de transparencia retributiva y de mecanismos para su efectivo cumplimiento*[36] que afirma que implantar la transparencia retributiva dentro de las organizaciones permite revelar la existencia de sesgos de género en los sistemas retributivos y de clasificación profesional que conducen a una valoración desigual y discriminatoria del trabajo de las mujeres con respecto al de los hombres, o que desestiman determinadas competencias profesionales que se consideran, principalmente, cualidades

33 Von Der Leyen, U., *Una Unión que se esfuerza por lograr más resultados. Mi agenda para Europa. Orientaciones políticas para la próxima Comisión Europea 2019-2024*, disponible en https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/political-guidelines-next-commission_es_1.pdf.

34 COM(2020) 1523 final.

35 Ramos Quintana, M.I., "La nueva Estrategia Europea para la Igualdad: orientaciones, iniciativas y acción política bajo el mandato de von der Leyen", *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales,* núm. 66, 2020, p. 6 (versión digital).

36 COM/2021/93 final.

femeninas. Habida cuenta de que ese sesgo es, a menudo, inconsciente, la transparencia retributiva puede contribuir a concienciar a los empleadores y ayudarles a detectar diferencias de retribución por razón de género que son discriminatorias, que no responden a factores discrecionales válidos y que con frecuencia no son deliberadas.

La propuesta de Directiva configura, por un lado, la "transparencia previa al empleo" (art. 5), que obliga a las empresas a indicar el nivel retributivo antes de la entrevista de trabajo y les prohíbe hacer a los trabajadores/as preguntas acerca del historial retributivo de su anterior relación laboral. Por otro lado, plantea la transparencia dirigida a garantizar la neutralidad de género en las políticas de fijación de las retribuciones y de promoción profesional (art. 6), si bien lo hace con un planteamiento débil —justificándolo en evitar una carga excesiva a las microempresas y pequeñas empresas—, otorgando a la empresa flexibilidad en cuanto a la forma en que cumple esta obligación en función de su tamaño y volumen de la plantilla.

La Propuesta de Directiva se detiene en un concepto clave para garantizar la ausencia de discriminaciones retributivas —especialmente las de tipo indirecto— entre hombres y mujeres como es el concepto de "trabajo de igual valor" (art. 4). Para definir cuándo un trabajo tiene un valor equivalente a otro, la propuesta incorpora la jurisprudencia del TJUE en esta materia[37] y establece que los empleos deben compararse a la luz de criterios objetivos y neutros desde el punto de vista del género, tales como la educación, los requisitos profesionales y de formación, las capacidades, el esfuerzo y la responsabilidad, el trabajo realizado y la naturaleza de las tareas correspondientes. En la práctica, la aplicación de este concepto supone que las empresas deben definir criterios clave que sean pertinentes para la organización y su modelo de negocio y sobre la base de los cuales los trabajadores que realizan el mismo trabajo o un trabajo de igual valor obtienen la misma retribución.

El concepto de "trabajo de igual valor" se ve reforzado con una definición amplia del referente de comparación que admite que las personas trabajadoras puedan hallarse en una situación comparable incluso cuando no trabajen para la

37 STJUE de 31 de mayo de 1995, asunto C-400/93, Royal Copenhagen; STJUE de 11 de mayo de 1999, asunto C-309/97, Angestelltenbetriebsrat der Wiener Gebietskrankenkasse; STJUE de 26 de junio de 2001, asunto C-381/99, Brunnhofer; STJUE de 28 de febrero de 2013, asunto C-427/11 Margaret Kenny y otros contra Minister for Justice, Equality and Law Reform y otros.

mima empresa, o cuando la prestación de servicios no sea simultánea[38], "siempre que las condiciones retributivas puedan atribuirse a una única fuente que las haya establecido". Se contempla, además, una aclaración fundamental para los supuestos en que no exista un referente de comparación real. En estos casos, se admite la comparación con un "referente hipotético del otro sexo" u otras pruebas (estadísticas u otra información disponible).

La otra vertiente de la transparencia retributiva es el derecho a la información (art. 7), orientado a facilitar a los trabajadores la información necesaria para que puedan determinar si su retribución es discriminatoria o no en comparación con la de otros trabajadores de la misma organización que realicen un mismo trabajo o un trabajo de igual valor. De este modo, se prevé el derecho de los trabajadores —directamente o a través de sus representantes legales— a solicitar información sobre su nivel retributivo individual y sobre los niveles retributivos medios, desglosados por sexos, de las categorías de trabajadores que realizan un mismo trabajo o un trabajo de igual valor, para hacer valer su derecho a la igualdad de retribución si fuera necesario.

La propuesta plantea medidas para hacer frente a la infravaloración sistémica del trabajo de las mujeres en los sistemas de clasificación profesional, exigiendo a las empresas con más de 250 personas en plantilla que informen sobre las diferencias de retribución entre mujeres y hombres en su organización (art. 8)[39]. Si el informe pone de manifiesto un alto riesgo de desigualdades de retribución injustificadas, las empresas y los representantes del personal, la inspección de trabajo y/o el organismo de igualdad deberán adoptar conjuntamente medidas correctoras[40].

38 Se aplica en este aspecto la doctrina de la STJCE de 27 de marzo de 1980, asunto 129/79 Macarthys.

39 La propuesta de Directiva establece "como medida alternativa a la presentación de información sobre retribuciones por parte de los empleadores y con el especial objeto de limitar la posible carga que puede suponer esa labor, (…) optar por confiar a un organismo ya existente que recopile la información requerida a partir de datos administrativos, como los proporcionados por los empleadores a las autoridades fiscales o a la seguridad social, y que facilite esa información en el lugar de los empleadores" (art. 8).

40 Las medidas de información y evaluación retributivas afectarían al 0,2 % de las empresas de la UE o, dicho de otro modo, al 33 % de la mano de obra de la UE. Sin embargo, todos los trabajadores tendrían derecho a solicitar información retributiva concreta, y todos los empleadores estarían obligados a facilitarla.

Cuando la información sobre retribuciones presentada ponga de manifiesto, en cualquier categoría de trabajadores/as que realicen un mismo trabajo o un trabajo de igual valor, una diferencia de al menos el 5 % entre la retribución media de las trabajadoras y la de los trabajadores de la organización que no esté justificada por factores objetivos y neutros con respecto al género, la empresa deberá llevar a cabo una "evaluación retributiva conjunta" en cooperación con los representantes de personal o, en su defecto, con al menos una persona trabajadora designada para ello, garantizándose así la adopción de un enfoque consensuado y una acción conjunta en aras al cumplimiento del principio de igualdad en la organización(art. 9).

Además de implantar la transparencia retributiva dentro de las organizaciones y de facilitar los conceptos clave relativos a la igualdad de retribución, la propuesta de directiva considera imprescindible reforzar el sistema sancionador y los mecanismos de tutela con medidas de reparación (indemnización integral y disuasoria) para garantizar el cumplimiento efectivo de sus previsiones.

El *Informe de la evaluación de impacto de la Propuesta de la Directiva*[41] establece que "las medidas de transparencia retributiva facilitarán un cambio de mentalidad (…), darán lugar a políticas mejor enfocadas y específicas para este ámbito" y contribuirán al desarrollo sostenible al estimular un cambio social en la percepción de la igualdad. El Informe detalla las repercusiones para las personas trabajadoras y para las empresas. En el caso de las personas trabajadoras, la transparencia retributiva aumenta la satisfacción y el grado de implicación en el trabajo, así como favorece la concienciación y empoderamiento de los empleados/as para reclamar la reparación por las diferencias retributivas injustificadas y por los sesgos de género de las estructuras retributivas. Por otro lado, el Informe evalúa efecto potencial del paquete de medidas de la propuesta de Directiva y estima que la implantación de tales medidas implicaría "una reducción global del 3% de la componente no explicada de la brecha retributiva de género, (…) a una disminución de la tasa de riesgo de pobreza en la UE, que pasaría del 16,3% por término medio a alrededor del 14,6%"; añadiendo que "la tasa de pobreza se reduciría principalmente en los hogares monoparentales, de los que el 85% tienen a una mujer por cabeza de familia".

41 Bruselas, 4.3.2021. SWD(2021) 42 final.

3. EL DESAFÍO DE LA DISCRIMINACIÓN ALGORÍTMICA EN LA DETERMINACIÓN DEL SALARIO

3.1. La permeabilidad del algoritmo a los sesgos invisibles de género

La influencia de la evolución de la era digital en el mercado laboral es indudable y, aunque su expansión ha generado grandes oportunidades, no pueden dejar de advertirse que el empleo de la denominada "tecnología intelectual" no está exento de riesgos, pues los sistemas de inteligencia artificial basados en aprendizaje automático no supervisado en procesos de toma de decisiones —fundamentalmente aplicados a procesos de selección[42], de promoción de personal y en los de determinación del salario—, pueden aplicar estereotipos de género. Ello es así, dado que los sistemas algorítmicos de toma de decisiones pueden basarse en la correlación entre conjuntos de datos y consideraciones de eficiencia, por lo que existe el peligro de que tales sistemas perpetúen o exacerben la discriminación indirecta a través de los estereotipos[43]. De hecho, estudios recientes insisten en que los conjuntos de datos contienen un sesgo de género significativo y que los modelos entrenados en estos conjuntos de datos amplifican aún más el sesgo existente[44].

Al auge empresarial por la utilización de métodos algorítmicos por su supuesta mayor neutralidad se han unido nuevas preocupaciones relacionadas con la falta de transparencia en las decisiones que toman[45]. Si bien un algoritmo debería reducir la subjetividad típica de un proceso de decisión humano, si se introduce un sesgo cultural —como un sesgo de género—, se reproducirá la discriminación estructural; en otras palabras, si los datos que nutren el algoritmo están impregnados de valores humanos en su origen, el resultado obtenido también lo estará. Ahora bien, cabe preguntarse qué sucede cuando la variable "sexo"

42 Faliagka, E. et al., "On-line consistent ranking on e-recruitment: seeking the truth behind a well-formed CV", *Artificial Intelligence Review*, núm. 42, 2014, p. 516.

43 Consejo de Europa, *Algorithms and Human Rights: Study on the human rights dimensions of automated data processing techniques and possible regulatory implications*, marzo, 2018, p. 28.

44 Es el caso del sistema de inteligencia artificial (IA) de Amazon que se nutría de la información procedente de los archivos de solicitantes de empleo de Google de los últimos diez años y penalizaba aquellos currículos que incluían la palabra mujer. Mateos Sillero, S., y Gómez Hernández, C., *Libro Blanco de las Mujeres en el ámbito tecnológico, Secretaría de Estado para el Avance Digital*, Ministerio de Economía y Empresa, Madrid, 2019, p. 115.

45 Rosenblat, A., Tamara, K., *et al.*, 'Networked Employment Discrimination'. Open Society Foundations' *Future of Work Commissioned Research Papers,* 2014, disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2543507

no se incorpora expresamente. En estos casos, se demuestra que los procesos de toma de decisiones tampoco son perfectos porque el sujeto que los conduce y supervisa "contagia" el sesgo de género al algoritmo[46].

Consciente de la permeabilidad de los algoritmos a los sesgos invisibles de género, el Comité Europeo de Protección de Datos (CEPD), en sus "*Directrices sobre decisiones individuales automatizadas y elaboración de perfiles a los efectos del Reglamento 2016/679*"[47] ha advertido sobre los riesgos de estas fórmulas señalando que "la elaboración de perfiles y las decisiones automatizadas pueden plantear riesgos importantes para los derechos y libertades de las personas que requieren unas garantías adecuadas. Estos procesos pueden ser opacos. (…) La elaboración de perfiles puede perpetuar los estereotipos existentes y la segregación social. Asimismo, puede encasillar a una persona en una categoría específica y limitarla a las preferencias que se le sugieren (…) En algunos casos, la elaboración de perfiles puede llevar a (…) una discriminación injustificada".

Motivadas, sin duda, por su gran atractivo, algunas empresas consultoras como Willis Towers Watson o PeopleMatters entienden que la concreción del salario a través de un algoritmo que se alimenta de la combinación de una serie de cálculos matemáticos sobre los datos de entrada es la vía de solución a la brecha retributiva por razón de género, especialmente porque este tipo de fórmulas tienen en cuenta el puesto que ocupa la persona trabajadora, el nivel de contribución de la misma a la organización, la retribución pagada por otras empresas en el mercado para una determinada función, el salario de los empleados que ocupan un puesto similar en la organización, y el salario que desea pagar la empresa para ser competitiva. Por tanto, el sexo de la persona no es nunca, al menos de forma directa, un dato a considerar en este tipo de cálculos.

Ahora bien, no puede llegar a afirmarse que el algoritmo sea una solución infalible pues este se nutre también de los factores personales derivados de la situación individual de la persona trabajadora (ausencias imprevistas por necesidades familiares, horas de ausencia para acompañar a menores a una cita médica, etc.), así como del criterio subjetivo de la persona responsable de codificar

46 Altonji, J.G.; Blank, R. M. ,'Race and Gender in the Labor Market', Handbook of labor economics, Elsevier B.V. Retrieved, 1999, pp. 3143–3259; disponible en http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1573446399300390; y Goldin, C.; y Rouse, C., *Orchestrating Impartiality: The Impact Of' blind' auditions on Female Musicians*, National bureau of economic research, 2017, disponible en http://www.nber.org/papers/w5903.

47 Adoptadas el 3 de octubre de 2017 y revisadas el 6 de febrero de 2018.

el algoritmo, lo que puede provocar el riesgo de que finalmente la generación del algoritmo no sea un proceso totalmente libre de sesgo de género. En otras palabras, a pesar de que una decisión tomada por un algoritmo esté construida a partir de criterios considerados objetivos, no evita que reproduzca pautas discriminatorias como consecuencia de que las máquinas aprenden y repiten los prejuicios y estereotipos, en muchos casos transmitidos de forma inconsciente por parte de la persona[48]. En definitiva, los dispositivos de inteligencia artificial y las aplicaciones están programas en base a algoritmos y datos establecidos por los profesionales TIC, de forma que son susceptibles de convertirse en replicadores —e incluso magnificadores— de la discriminación existente[49]. De hecho, algunos estudios demuestran que los anuncios de ofertas de empleos prestigiosos y mejor retribuidos se destinan a los hombres mientras que las mujeres tienen menos opciones de recibir anuncios de una determinada oferta de empleo cuando está mejor remunerada[50].

Con todo, cabe cuestionarse si realmente descartar la variable "sexo" de la fórmula algorítmica de determinación de los salarios —es decir, evitar la discriminación algorítmica directa por razón de sexo— es la solución más efectiva para cerrar la brecha retributiva por razón de sexo en la empresa. No pueden dejar de advertirse supuestos en los que la inclusión del sexo en la formulación del algoritmo podría actuar como mecanismo corrector y, en consecuencia, como un parámetro que pudiera favorecer la reducción de la brecha salarial por razón

48 Como ejemplo de ello, el *Libro Blanco de las Mujeres en el ámbito tecnológico,* indica que: "El robot inteligente de Microsoft diseñado para integrarse en conversaciones de Twitter, Tay, tuvo que ser retirado porque comenzó a reproducir ideas nazis y a acosar a otras personas usuarias de la red debido a que aprendía de las conversaciones existentes en la red. Los asistentes virtuales inteligentes *Siri*, *Google Now* y *SVoice* no tienen respuesta al escuchar "me han violado", "mi marido me pega" o "han abusado de mí", citando el estudio Smartphone-Based Conversational Agents and Responses to Questions About Mental Health, Interpersonal Violence, and Physical Health", JAMA Intern Med, 2016.

49 Mateos Sillero, S., y Gómez Hernández, C., *Libro Blanco de las Mujeres en el ámbito tecnológico … cit.*, p. 115.

50 Se demuestra que el sesgo de género existente en el sistema de anuncios por objetivos de los algoritmos de Google proviene de la información que la máquina ha aprendido del exterior. Así lo recoge el *Libro Blanco de las Mujeres en el ámbito tecnológico* citando el trabajo de Datta, A.; Tschantz, M.C.; *et al.:* "Automated Experiments on Ad Privacy Settings. A Tale of Opacity, Choice, and Discrimination", Proceedings on Frivacy Enhancing Technologies, 2015. En el mismo sentido, se ha corroborado que los motores de búsqueda de imágenes por ocupaciones de Google exageran los estereotipos de género y representan al género minoritario como menos profesional cuando se hace una búsqueda de fotos por ocupaciones, Kay, M.; Matuszek, C.; Munson, S. A., "Unequal representation and gender stereotypes in Image Search results for occupations", ACM digital library, 2015.

de género. Ejemplo de ello sería la penalización salarial asociada a las ausencias por motivos imprevistos que generalmente son utilizadas por las mujeres al ser estas las que mayoritariamente asumen las responsabilidades de conciliación. En estos casos, la inclusión de la variable sexo en el algoritmo podría ser una vía idónea para insertar en la empresa como acción positiva dirigida a erradicar la discriminación retributiva la menor penalización económica en los supuestos en que estas ausencias hayan sido utilizadas por mujeres.

Un ámbito específico en el que cuestiona el potencial de garantizar la igualdad de condiciones entre mujeres y hombres es en economía digital. Las nuevas formas de trabajo desarrolladas en el marco de la economía digital y, concretamente, en la economía de plataformas[51], no están exentas de discriminación retributiva por razón de sexo, a pesar de la aparente neutralidad derivada del anonimato del que a menudo disfrutan las personas que prestan servicios. Un estudio publicado por Uber titulado *The Gender Earnings Gap in the Gig Economy: Evidence from over a Million Rideshare Drivers* (2019)[52] que analiza la brecha retributiva por razón de sexo en la economía digital concluye que los hombres cobran un 7% más que las mujeres por la prestación de servicios a través de esta *app*. En definitiva, los economistas responsables de este estudio a la hora de explicar los motivos en que se fundamentan estas diferencias retributivas parten de un error, que es la consideración de que el algoritmo es neutro (*gender blind*) y que, por tanto, asigna el mismo precio (sin propinas) a un hombre y una mujer que realizan el mismo trayecto. Sin embargo, el hecho de que el algoritmo no fije diferencias directas por trayecto en función del sexo, no implica que sea neutro, pues se estaría omitiendo el sesgo de género derivado de los valores "contagiados" por el creador del algoritmo.

De esta forma, se confirma la existencia de brecha salarial en el ámbito de la economía digital dado que, a pesar de que hombres y mujeres hacen el mismo trabajo en la economía de la plataforma, sin embargo, las mujeres cobran menos. Según el citado estudio, las causas de las diferencias retributivas entre

51 Cavas Martínez, F., "Las prestaciones de servicios a través de las plataformas informáticas de consumo colaborativo: un nuevo desafío para el Derecho del Trabajo", *CEF-Trabajo y Seguridad Social,* núm. 406, 2017, p. 26; Vallecillo Gámez, M.R., "Economía colaborativa y laboralidad: los cabos sueltos entre el vacío legal y la dudosa legalidad", contribución a la Conferencia Nacional OIT "El futuro del trabajo que queremos", Madrid, 28 de marzo de 2017, pp. 3 y ss.

52 Cook, C., Diamond, R.; Hall, J.; List, J.A., Oyer, P., *The Gender Earnings Gap in the Gig Economy: Evidence from over a Million Rideshare Drivers*, marzo, 2019, disponible en: https://web.stanford.edu/~diamondr/UberPayGap.pdf

hombres y mujeres en Uber son: a) la falta de consistencia o de compromiso de las mujeres, que abandonan a los seis meses de media mientras que los hombre a los dos años; b) la conducción más lenta de las mujeres (los hombres conducen un 2% más rápido) que es penalizada por el algoritmo; c) las horas trabajadas, dado que están mejor retribuidos los viajes en horas atípicas en el que hay poca oferta, obviando la dificultad de acceso de las mujeres a los horarios en que se paga extra por necesidades de conciliación; y d) la elección de los trayectos (se retribuyen mejor las rutas en determinadas zonas o barrios conflictivos donde hay menos oferta de conductores), ya que el algoritmo no tiene en cuenta la presión social sobre la seguridad de las mujeres que probablemente sea la razón que motiva que estas rechacen estos viajes.

3.2. Medidas para evitar la discriminación algorítmica en las retribuciones

Varios estudios e informes, como el *Libro Blanco de las Mujeres en el ámbito tecnológico,* proponen una serie de medidas para poner solución a la permeabilidad de la IA y los algoritmos frente al sesgo invisible de género[53]: a) mejorar la calidad de los datos para que no estén sesgados; b) fomentar procesos y toma de decisiones más matemáticos, objetivables y transparentes; c) optar por un entorno de IA con *Machine Learning* supervisado y/o, preferiblemente, con aprendizaje por refuerzo; d) conformar equipos de programación diversos e inclusivos que ayuden a identificar y prevenir los sesgos de género[54]; e) realizar de estudios especializados para detectar cómo se introducen los sesgos y cómo neutralizarlos, fomentando y difundiendo investigaciones y buenas prácticas al respecto; f) impartir formación específica en algoritmos sin sesgos de género a profesionales y empresas[55]; h) crear códigos de buenas prácticas; i) fomentar la

53 Mateos Sillero, S., y Gómez Hernández, C., *Libro Blanco de las Mujeres en el ámbito tecnológico… cit.,* p. 117.

54 Según datos del estudio "Women in the Digital Age", las especialistas en IA en la UE suponen aproximadamente el 5% del total, *vid.* Comisión Europea, *Women in the Digital Age*, 2018 (SMART 2016/0025). Al respecto, Jeremiah Harmsen, responsable de Inteligencia Artificial Aplicada del principal centro europeo de investigación de Google, situado en Zúrich expresaba en una entrevista que "La cooperación entre humanos y máquinas permitirá que ambos mejoren". Jiménez, M., "Harmsen (Google): "La cooperación entre humanos y máquinas permitirá que ambos mejoren", El País, 11 de abril de 2017.

55 La formación del Comité Ejecutivo en este ámbito y la mitigación de cualquier sesgo de género en las decisiones de gestión garantiza que las decisiones sobre la retribución y la promoción interna sean justas y no discriminatorias. Tanto AON como el Grupo Thales cuentan con un programa de capacitación dirigido a gerentes para formarlos en reclutamiento objetivo e inclusivo basado en las capacidades de la persona candidata, para comprender cómo su sesgo inconsciente de género

especialización en programación y software con perspectiva de género durante la formación universitaria; e i) crear un esquema de certificación para algoritmos y sistemas de inteligencia artificial que respeten la neutralidad y la ausencia de sesgos de género.

Hasta el momento, como respuesta a los casos detectados sobre procesos de IA con resultados discriminatorios se han planteado iniciativas, como la consistente en librerías neutrales de género [Gender Neutral Glove (GN-Glove)] que funcionan aislando información de género sin sacrificar las funcionalidades de los modelos de *word embedding*, sin resultados concluyentes[56]. También se ha propuesto la creación de algoritmos antidiscriminatorios eliminando el dato "género"[57]; y la realización de auditorías de los algoritmos para desvelar posibles sesgos en sus decisiones[58].

En los últimos años, combatir los riesgos derivados de la permeabilidad de los algoritmos a los sesgos invisibles de género se ha convertido en una necesidad prioritaria y ha ocupado un lugar destacado de la agenda política. En 2018, la *Memoria del Director General de la OIT "Impulso en favor de la igualdad"*[59] —una de las siete iniciativas del centenario de la organización— subrayaba la necesidad de "determinar qué medidas se necesitan para que las oportunidades y los riesgos

puede afectar sus decisiones en el proceso de reclutamiento y selección y cómo abordarlo. También las políticas de RSC del Grupo Santander incluyen acciones de formación en sesgos inconsciente y la mentoría (orientación y asesoramiento) inversa para apoyar a los líderes (principalmente a los integrantes del comité ejecutivo) a tomar decisiones motivadas sobre la atracción, la contratación, la promoción y la salida de sus empleados. Con un enfoque más amplio el Grupo Thales ha lanzado una campaña sobre el sesgo inconsciente y los estereotipos de género dirigida a toda la plantilla para favorecer la toma de conciencia de los desafíos relacionados con la diversidad y la inclusión. *Vid.* Rodríguez González, S., "Discriminación retributiva por razón de género y responsabilidad Social Corporativa", *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, número extraordinario dedicado a la Mujer en el futuro del trabajo, 2019, pp. 249-286.

56 En el *Libro Blanco de las Mujeres en el ámbito tecnológico*, p. 117 se cita el trabajo de Zhao, J.; Zhaou, Y.; et al.: "Learning Gender Neutral Word Embeddings", University of California, 2018; y el trabajo de Puri, R.: "Mitigating Bias in AI models", IBM, February, 2018.

57 EURECAT, "Algoritmos antidiscriminación", Eurecat blog 2018, disponible en https://eurecat.org/es/algoritmos-antidiscriminacion.

58 Advirtiendo que la tecnología no está todavía preparada para realizarlas importantes funciones que se le están asignando, como son, realizar procesos de selección de personal o decidir quién tiene acceso a una hipoteca o determinados servicios sociales. O´Neill, C., *Armas de destrucción matemática. Cómo el Big data aumenta la desigualdad y amenaza la democracia*, Capitán Swing, Madrid, 2018.

59 Memoria del Director General de la OIT; "Iniciativa relativa a las mujeres en el trabajo: Impulso en favor de la igualdad". Conferencia Internacional del Trabajo, 107.ª reunión, 2018. Informe I (B).

derivados de la economía digital se gestionen de manera que no se perpetúen la discriminación laboral por motivos de género ni los salarios bajos para las mujeres, y de manera que se reduzcan y eliminen las disparidades preexistentes".

La necesidad de reforzar el marco jurídico para la protección de la igualdad y no discriminación en el uso de algoritmos ha ocupado un lugar prioritario en las iniciativas recientes de la Unión Europea, que se han centrado en la importancia y urgencia de adecuar el actual marco normativo en materia de discriminación, igualdad de género y derechos humanos para regular el funcionamiento y codificación de los algoritmos[60].En este sentido, la *Estrategia Europea para la IA presentada en abril de 2018*[61] se plantea el objetivo de valorar las oportunidades que brinda la inteligencia artificial y resolver los desafíos que implica su utilización. La estrategia coloca a la persona en el centro del desarrollo de la IA y considera que la confianza es un requisito previo para garantizar un enfoque de la IA centrado en el ser humano.

La rendición de cuentas y el establecimiento de marcos éticos para regular los algoritmos son áreas prioritarias en el abordaje de las implicaciones de la IA en las personas y la sociedad en el corto y medio plazo. Así lo pone de manifiesto Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Generar confianza en la inteligencia artificial centrada en el ser humano,* de 8 de abril de 2019[62], en la que señalan siete requisitos esenciales que deben respetar las aplicaciones de IA para ser consideradas fiables: intervención y supervisión humanas; solidez y seguridad técnicas; privacidad y gestión de datos; transparencia; diversidad, no discriminación y equidad; bienestar social y medioambiental; y rendición de cuentas[63].

El *Libro Blanco de la Comisión Europea sobre Inteligencia Artificial*[64] considera la supervisión humana como uno de los requerimientos que han de estar

60 Consejo de Europa, *Algorithms and Human Rights: Study on the human rights dimensions of automated data processing techniques and possible regulatory implications*, marzo 2018.

61 Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité económico y Social europeo y al Comité de las regiones, *Inteligencia artificial para Europa*, Bruselas, 25 de abril de 2018, COM(2018) 237 final.

62 COM(2019) 168 final

63 Estos requisitos se extraen de las directrices elaboradas por el Grupo europeo de ética de la ciencia y de las nuevas tecnologías y la Agencia de los Derechos Fundamentales: https://ec.europa.eu/futurium/en/ai-alliance-consultation/guidelines#Top

64 Libro Blanco de la Comisión sobre la inteligencia artificial – un enfoque europeo orientado a la

presentes en el desarrollo y regulación de este tipo de herramientas. Es necesario garantizar la transparencia y la ausencia de discriminación en el uso de las herramientas de Big Data y para ello el control humano resulta imprescindible, tal y como pone de relieve el *Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «Inteligencia artificial: anticipar su impacto en el trabajo para garantizar una transición justa»*[65] . La supervisión humana ayuda a garantizar que un sistema de IA no socave la autonomía humana ni cause otros efectos adversos. En este sentido, el *Reglamento General de Protección de Datos*[66] (RGPD) otorga a las personas el derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado cuando produzca efectos jurídicos en los usuarios o les afecte significativamente de modo similar (art. 22 del RGPD). Ahora bien, también contempla una serie de excepciones (art. 22.2 RGPD). Como ponen de manifiesto las *Directrices sobre decisiones individuales automatizadas y elaboración de perfiles a los efectos del Reglamento 2016/679*[67] (WP 251 del GT29), una primera exigencia es la garantía de minimización de los datos tratados para estos fines. Por otro lado, se hace necesaria la existencia de una información significativa sobre la "lógica aplicada", naciendo así un derecho a la transparencia en el diseño de los algoritmos, lo que no necesariamente supone una compleja explicación de los algoritmos utilizados o la revelación de todo el algoritmo sino el derecho a solicitar los criterios de decisión[68]. Por su parte, el *Parlamento Europeo en su Proyecto de Informe sobre condiciones de trabajo justas, derechos y protección social para los trabajadores de plataformas: nuevas formas de empleo vinculadas al desarrollo digital*, de 9 de febrero de 2021[69] incide también en el derecho a un acceso transparente y a una explicación inteligible del algoritmo, que "debe prevenir la discriminación de género y otros prejuicios sociales.

Por tanto, el principio de transparencia algorítmica, no consiste en revelar códigos, sino en hacer inteligibles los parámetros y criterios de las decisiones que se toman (los sistemas de IA deben ser explicables, sus parámetros conocidos y

excelencia y la confianza. Bruselas, 19.2.2020 COM(2020) 65 final.

65 Dictamen de iniciativa, 2018/C 440/01,

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

67 Adoptadas el 3 de octubre de 2017; revisadas por última vez y adoptadas el 6 de febrero de 2018.

68 Mercader Uguina, J. R., "Algoritmos y Derecho del Trabajo", *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm.52, 2019, pp. 63 a 70.

69 2019/2186(INI).

su funcionamiento transparente), debiendo ser posible el recurso humano en todo momento[70]. Dependiendo del sistema específico de IA y de su ámbito de aplicación, deben garantizarse los grados adecuados de medidas de control, incluida la adaptabilidad, la exactitud y la explicabilidad de los sistemas de IA. La supervisión debe lograrse a través de mecanismos de gobernanza, tales como el enfoque de la participación humana (*human-in-the-loop*), la supervisión humana (*human-on-the-loop*), o el control humano (*human-in-command*)[71]. Asimismo, se debe garantizar que las autoridades públicas tengan la capacidad de ejercer sus competencias de supervisión.

Por otro lado, la exposición de las personas trabajadoras a la discriminación algorítmica en los procesos de determinación de salarios hace necesario que cuenten con garantías reforzadas. A tal fin, se considera que deben desempeñar un papel esencial los representantes de las personas trabajadoras. En este sentido, el *Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Comunicación de la Comisión— Generar confianza en la inteligencia artificial centrada en el ser humano*[72] hace un llamamiento a una intervención efectiva de los representantes de los trabajadores en estos casos, destacando "la necesidad de consultar e informar a los trabajadores y sus representantes a la hora de introducir sistemas de IA que pudieran provocar cambios en la organización del trabajo, la vigilancia y su control, así como en los sistemas de evaluación y contratación de los trabajadores".

Igualmente, ofrecer una respuesta integral al desafío de la transformación digital es un elemento central del *Programa Europa Digital* 2021-2027[73], que aboga por aumentar la transparencia en los procesos de toma de decisiones de algoritmos; por implantar auditorías como técnica de monitoreo de los procesamientos algorítmicos; por reforzar los sistemas normativos adaptándolos a esta nueva realidad y estableciendo marcos éticos para regular los algoritmos; y, como elemento crucial, por concienciar, informar y formar a la ciudadanía sobre el funcionamiento y el impacto de los algoritmos en sus vidas.

70 Apartado 4.2 del Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «Inteligencia artificial: anticipar su impacto en el trabajo para garantizar una transición justa». DO C 440 de 6.12.2018, p. 1.

71 Nota 13 de la Comunicación de la Comisión Europea COM (2019) 168 final.

72 COM (2019) 168 final.

73 *Reglamento (UE) 2021/694 del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2021 por el que se establece el Programa Europa Digital y por el que se deroga la Decisión (UE) 2015/2240.*

PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y DERECHO DEL TRABAJO: HACIA EL CAMINO DE LA VERDADERA IGUALDAD EN EL ACCESO AL EMPLEO

FERNANDO VARELA BOHÓRQUEZ

Abogado, Maestro en Derecho Procesal y Doctor en Derecho por la Universidad de San Martín de Porres. Coordinador de las Maestrías en Derecho del Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres, de la cual también es responsable académico de la Maestría en Derecho del Trabajo. Es director de la Revista Actualidad Laboral y miembro activo de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Asimismo, es docente de la Universidad Mayor de San Marcos y de la Universidad de Lima. Se desempeña como socio principal de Elías Mantero Abogados.

ABSTRACT: The Peruvian State established through the General Law on Persons with Disabilities, Law No. 29973, a series of measures in favor of persons with disabilities, including the one regulated in article 49, which establishes that public entities are obliged to hire people with disabilities in a proportion of not less than 5% of their total staff, and private employers with more than fifty workers in a proportion of not less than 3%. Despite this, the employment quota is not met, to a greater extent, due to the lack of sufficient incentives for employers, as well as the absence of state policies that seek retraining in new activities according to the type of disability.

This article postulates the need for the labor training modality of the person with disabilities to contribute to a real promotion of access to employment and to break the forgetfulness and discrimination of which this sector of our society has been a victim.

KEYWORDS: Disability, Job retraining, labor training modality.

El presente artículo tiene como finalidad analizar las posibilidades de empleabilidad en el Perú de las personas con discapacidad, una minoría de nuestra sociedad que viene siendo olvidada por parte de un Estado que considera que la regulación de una ley de cuotas es el incentivo suficiente para poder brindarles un empleo decente y, además, discriminada por un sector mayoritario de empleadores que considera que el costo de su adecuación al empleo es mayor que el incentivo regulado en la Ley Nro. 29973.

Lo descrito en el párrafo anterior es un claro reconocimiento de la ausencia de una política de Estado que tenga como objetivo el reentrenamiento en nuevas actividades que permitan un factor positivo de empleabilidad de este sector de personas según su tipo discapacidad; es por lo descrito que abordaremos las oportunidades que la pandemia global brinda, en el ámbito del reentrenamiento laboral, a favor de la promoción del empleo de este sector de nuestra sociedad.

1. CONCEPTOS GENERALES SOBRE DISCRIMINACIÓN

El término discriminación puede tener muchos significados y enfoques; sin embargo, según lo establecido en la Real Academia Española se considera el término discriminación en dos acepciones: de un lado la define como "separar, distinguir, diferenciar una de otra cosa" y por otro lado, lo califica como "dar un trato de inferioridad a una persona o colectividad por motivos de raza, religión,

políticos, etc.[1] Esta última acepción es la que más se acerca al aspecto jurídico y de justicia, ya que es el enfoque en el cual se basan los ordenamientos jurídicos para brindar mayor protección.

Asimismo, es necesario señalar que en los últimos años se ha venido desarrollando una diferenciación entre una discriminación positiva y una discriminación negativa.

La discriminación positiva está orientada a establecer políticas públicas destinadas a dar un trato preferencial a un grupo social específico, una minoría o un grupo que ha sido objeto de discriminación, en relación con el acceso o distribución de ciertos recursos o servicios, así como el acceso a activos específicos, con el fin de restablecer la igualdad de estos en la sociedad.[2]

La discriminación negativa o simplemente discriminación es brindar o dar a una persona o grupo de personas un trato diferenciado sin sustento alguno, menoscabando su dignidad y llegando a afectar el desarrollo normal de su vida cotidiana.

Entonces, para que exista discriminación en una sociedad, debe existir un trato disímil basado en un motivo indebido por el ordenamiento jurídico con el propósito de menoscabar o anular un derecho fundamental, como el origen, la raza, el sexo, la religión, la edad, entre otros.

Asimismo, el artículo primero del Convenio 111 de la Organización Internacional del Trabajo, Convenio sobre discriminación (empleo y ocupación) de 1958 define discriminación en dos acepciones:

a) Cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación.

b) Cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de

1 En la página web de la Real Academia de la Lengua Española: http://dle.rae.es/?id=DtHwzw

2 Asti Heredia, José. Discriminación positiva: un acercamiento sobre la inclusión de la mujer en la política peruana a propósito de las cuotas de género de Repositorio Académico- USMP Sitio web: http://www.repositorioacademico.usmp.edu.pe/handle/usmp/2491, (2014).

> empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados.[3]

Asimismo, el artículo 2 de la Constitución Política del Perú señala que *"Toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole."*

Por lo tanto, al abordar el tema de la igualdad desde una perspectiva constitucional, conviene empezar señalando que la conceptuamos en una doble dimensión: de un lado, como un principio rector de todo el ordenamiento jurídico del estado democrático de derecho, siendo un valor fundamental y una regla básica que éste debe garantizar y preservar. Y, de otro lado, como un derecho constitucional subjetivo, individualmente exigible, que confiere a toda persona el derecho de ser tratado con igualdad ante la ley y de no ser objeto de forma alguna de discriminación. Lo anterior conlleva que si bien lo corriente es encontrar en los textos constitucionales un artículo expreso que consagra -de manera específica- el derecho de igualdad ante la ley y la prohibición de toda forma de discriminación, el principio de igualdad supone también un valor esencial y una regla que debe ser observada en el desarrollo legislativo y en la aplicación del conjunto de los derechos fundamentales que la Constitución recoge.[4]

Un tema a tener en consideración es que el modelo social adoptado en nuestra constitución postula la defensa de los derechos fundamentales de las personas, incluyéndose, evidentemente, a las personas con discapacidad, ya que el Estado, como ya lo hemos afirmado, no solo tiene el deber evitar los tratos desiguales e irrazonables, sino que también tiene el deber de buscar abolir todo acto de discriminación.

Al respecto, el Tribunal Constitucional en el caso Viavaca Gamboa[5] ha señalado que:

---

3 A los efectos del Convenio 111, los términos *empleo* y *ocupación* incluyen tanto el acceso a los medios de formación profesional y la admisión en el empleo y en las diversas ocupaciones como también las condiciones de trabajo.

4 Eguiguren, F. J. Principio de igualdad y derecho a la no discriminación. En: Ius et Veritas N° 15. Revista de la Facultad de Derecho de la PUCP. (1998). Pág. 63.

5 En la página web del Tribunal Constitucional: https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/03525-2011-AA%20Resolucion.html

*"[...]**La igualdad como derecho fundamental** está consagrada por el artículo 2º de la Constitución de 1993, de acuerdo al cual: "(...) toda persona tiene derecho (...) a la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole". Contrariamente a lo que pudiera desprenderse de una interpretación literal, estamos frente a un derecho fundamental que no consiste en la facultad de las personas para exigir un trato igual a los demás, sino a ser tratado de igual modo a quienes se encuentran en una idéntica situación.*

Constitucionalmente, el derecho a la igualdad tiene dos facetas: igualdad ante la ley e igualdad en la ley. La primera de ellas quiere decir que la norma debe ser aplicable por igual a todos los que se encuentren en la situación descrita en el supuesto de la norma; mientras que la segunda implica que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales, y que cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes, tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable.

Sin embargo, la igualdad, además de ser un derecho fundamental, es también un principio rector de la organización del Estado social y democrático de Derecho y de la actuación de los poderes públicos. Como tal, comporta que no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación, pues no se proscribe todo tipo de diferencia de trato en el ejercicio de los derechos fundamentales; la igualdad solamente será vulnerada cuando el trato desigual carezca de una justificación objetiva y razonable. La aplicación, pues, del principio de igualdad, no excluye el tratamiento desigual; por ello, no se vulnera dicho principio cuando se establece una diferencia de trato, siempre que se realice sobre bases objetivas y razonables." (STC 00009-2007-PI/TC, fundamento 20)."

Asimismo, en el caso Sales Urrutia, el referido Tribunal ha señalado que:

"(...) la noción de igualdad debe ser percibida en dos planos convergentes. En el primero, se constituye como un principio rector de la organización y actuación del Estado Social y Democrático de Derecho. En el segundo, se erige como un derecho fundamental de la persona.

Como principio implica un postulado o proposición con sentido y proyección normativa o deontológica que, como tal, constituye parte del núcleo del sistema constitucional de fundamento democrático. Como derecho fundamental comporta el reconocimiento de la existencia de una facultad o atribución conformante del patrimonio jurídico de la persona, derivada de su naturaleza, que consiste en ser tratada igual que los demás en hechos, situaciones o acontecimiento coincidentes; por ende, deviene en el derecho subjetivo de obtener un trato igual y de evitar los privilegios y las desigualdades arbitrarias.

Entonces, la igualdad es un principio-derecho que instala a las personas, situadas en idéntica condición, en un plano de equivalencia. Ello involucra

una conformidad o identidad por coincidencia de naturaleza, circunstancia, calidad, cantidad o forma, de modo tal que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a una persona de los derechos que se conceden a otra, en paridad sincrónica o por concurrencia de razones.

Por consiguiente, supone la afirmación a priori y apodíctica de la homologación entre todos los seres humanos, por la identidad de naturaleza que el derecho estatal se limita a reconocer y garantizar.

Dicha igualdad implica lo siguiente:

a) La abstención de toda acción legislativa o jurisdiccional tendiente a la diferenciación arbitraria, injustificable y no razonable, y

b) La existencia de un derecho subjetivo destinado a obtener un trato igual, en función de hechos, situaciones y relaciones homólogas."

2. TRATAMIENTO NORMATIVO DE LA DISCRIMINACIÓN EN EL PERÚ

A pesar de ser un país en donde se han emitido muy pocas leyes respecto a la discriminación en acceso al empleo y las pocas leyes que se han promulgado no han surtido el efecto esperado, nuestro ordenamiento jurídico interno tiene tres ámbitos de protección frente a los actos de discriminación: constitucional, el administrativo y el penal.

2.1. Ámbito Constitucional

El ya citado artículo 2º, inciso 2 de la Constitución que consagra el derecho a la no discriminación en los siguientes términos: *"Toda persona tiene derecho (…) A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole"*. Este derecho ha adquirido progresivamente autonomía conceptual y normativa respecto del tradicional principio de igualdad. En efecto, el derecho a la no discriminación, tal como se encuentra previsto en la redacción de nuestra Constitución, protege preponderantemente un aspecto esencial de la dignidad humana. En virtud de ello, no resulta admisible crear diferencias basadas en criterios prohibidos que restrinjan la igualdad de oportunidades, derechos y libertades.

Asimismo, como recurso constitucional para proteger y velar por la igualdad ante la ley y la no discriminación está el proceso de amparo. Este proceso tiene por objeto la protección de los derechos antes señalados en los casos en que la vulneración o amenaza de vulneración de éstos sea cierta y de inminente realización. Su finalidad es reponer las cosas al estado anterior a la violación o

amenaza de violación de un derecho constitucional o disponer el cumplimiento de un mandato legal o de un acto administrativo.

2.2. Ámbito Administrativo

Además de la protección constitucional frente a la discriminación, esta conducta también se encuentra prohibida en el ámbito administrativo. En efecto, existen normas que sancionan al servidor público por haber transgredido sus deberes. También existen normas que sancionan los actos discriminatorios en el acceso a centros de formación educativa, en las ofertas de empleo, en las relaciones laborales, en las relaciones de consumo, entre otros.

- Ley del Código de Ética de la Función Pública, Ley Nº 27815, establece en su artículo 6°, que todo servidor público de las entidades de la Administración Pública debe adecuar su conducta hacia el respeto de la Constitución y las leyes.
- La Ley Nº 26772, modificada por la Ley Nº 27270, Ley contra actos de discriminación, establece que las ofertas de empleo no podrán contener requisitos que constituyan discriminación, anulación o alteración de la igualdad de oportunidades o de trato (artículo 1º). Asimismo, esta última también es la ley relacionada al ámbito penal, ya que se ha hecho visible que la importancia del derecho a la no discriminación y la gravedad que estos actos discriminatorios pueden llegar a ser consideradas punibles en el ámbito penal.

  Se ha señalo también, que esta norma ha sido dictada con el evidente propósito de prohibir la discriminación en general y ante la insuficiencia de la legislación civil para reprimir las prácticas discriminatorias, ha creado una nueva figura delictiva que ha denominado delito de discriminación, que prohíbe y sanciona la discriminación en general sin hacerse referencia expresa a la laboral o educativa. Al regular es aspecto penal de la conducta de la discriminación no se ha definido esta de manera particular. La ley se ha limitado a señalar genéricamente como conducta reprimida el acto de discriminar. [6]

6 Elías Mantero, Fernando. Discriminación en Materia Laboral regulada. Actualidad Laboral, (2000), Pág. 05.

2.3. Ámbito Penal

El artículo 323 del Código Penal regula los delitos de discriminación e incitación a la discriminación de la siguiente manera:

> *"El que, por sí o mediante terceros, realiza actos de distinción, exclusión, restricción o preferencia que anulan o menoscaban el reconocimiento, goce o ejercicio de cualquier derecho de una persona o grupo de personas reconocido en la ley, la Constitución o en los tratados de derechos humanos de los cuales el Perú es parte, basados en motivos raciales, religiosos, nacionalidad, edad, sexo, orientación sexual, identidad de género, idioma, identidad étnica o cultural, opinión, nivel socio económico, condición migratoria, discapacidad, condición de salud, factor genético, filiación, o cualquier otro motivo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de tres años, o con prestación de servicios a la comunidad de sesenta a ciento veinte jornadas.*
> *Si el agente actúa en su calidad de servidor civil, o se realiza el hecho mediante actos de violencia física o mental, a través de internet u otro medio análogo, la pena privativa de libertad será no menor de dos ni mayor de*

3. EL DEBER DE PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

En primer lugar, debemos tener en consideración que la Ley N° 29973, ha definido a las personas con discapacidad como aquellas que tienen una o más deficiencias físicas, sensoriales, mentales o intelectuales de carácter permanente que, al interactuar con diversas barreras actitudinales y del entorno, no ejerza o pueda verse impedida en el ejercicio de sus derechos y su inclusión plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones que las demás.

Asimismo, la referida norma ha establecido que la persona con discapacidad tiene derecho a trabajar, en igualdad de condiciones que las demás, en un trabajo libremente elegido o aceptado, con igualdad de oportunidades y de remuneración por trabajo de igual valor, y con condiciones de trabajo justas, seguras y saludables.

Por su parte, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la Organización de las Naciones Unidas[7], regula en su primer artículo que este grupo de la población incluye a las personas que tienen deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, pueden impedir su participación plena y efectiva en la

7 Firmada por el Perú el 30 de marzo del 2007, ratificada el 30 de enero del 2008 y cuya entrada en vigencia fue el 03 de mayo de 2008

sociedad, en igualdad de condiciones con los demás. Asimismo, en el numeral 2 de su artículo 4 postula que, con respecto a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados partes se comprometen a adoptar medidas hasta el máximo de sus recursos disponibles y, cuando sea necesario, en el marco de la cooperación internacional, para lograr, de manera progresiva, el pleno ejercicio de estos derechos, sin perjuicio de las obligaciones previstas en la referida Convención que sean aplicables de inmediato en virtud del derecho internacional.

Queda claro, entonces, que una de las principales obligaciones del Estado es el garantizar que las personas con discapacidad no sufran ningún tipo de violación o transgresión de sus derechos, entre ellos el derecho a trabajar y contribuir con su desarrollo personal tanto el plano individual, como colectivo. Para ello, y en atención a dar efectividad a los derechos económicos, sociales y culturales, también deben de adoptar una medida inmediata, independientemente de los recursos de que dispongan, que es la eliminación de la discriminación; incluyendo la posibilidad de medidas legislativas que vengan acompañadas de fondos suficientes para que se constituyan en efectivas.

En ese orden de ideas, Mario Andrés Ospina Ramírez[8], señala que los derechos económicos y sociales son expresión de la dimensión material de la igualdad, al tiempo que se constituyen en prerrogativas indispensables para el logro de esta, resaltando que dicha dimensión de la igualdad conlleva brindar un trato diferenciado a las personas que se encuentran en posición de desventaja para así garantizar el disfrute generalizado de los derechos en condiciones de dignidad.

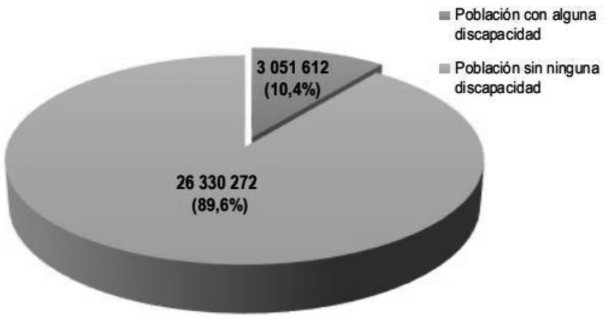
Este deber de protección de los Estados se regula también en el numeral 1 del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales cuando dispone que cada uno de los Estados partes del Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos que reconoce.

Ahora bien, según los resultados del XII Censo de Población, VII de Vivienda y III de Comunidades Indígenas del año 2017, revelaron que existen

8 Ospina Ramírez, Mario Andrés. El reconocimiento de la capacidad jurídica dentro de un contexto de igualdad: una asignatura pendiente del Estado Colombiano. (2018). Pág. 41.

en el país 3 millones 51 mil 612 personas que padecen de alguna discapacidad y representan el 10,4% del total de la población del país. Asimismo, el 89,6% (26 millones 330 mil 272) de la población no presentan ninguna discapacidad.

GRÁFICO: PERÚ POBLACIÓN CENSADA CON ALGUNA DISCAPACIDAD, 2017
(Absoluto y porcentaje)



Adicionalmente, en los departamentos de Puno (13,1%), Moquegua (11,7%), Tacna y Áncash (11,5% para cada caso), Región Lima (11,2%), Provincia Constitucional del Callao y provincia de Lima (11,1% en ambos casos), se registraron mayor proporción de población con alguna discapacidad (por encima del 11,0%).

Sin embargo, según el Consejo Nacional para la Integración de la Persona con Discapacidad (CONADIS) solo 294,306 mil personas se encuentran registradas en el Registro Nacional de la Persona con Discapacidad.



Además, es importante resaltar que en el XII Censo de Población, VII de Vivienda y III de Comunidades Indígenas del año 2017, se reveló que el 48,9% (508 mil 70 personas) de la población con alguna discapacidad se desempeñó como trabajadores independientes o por cuenta propia, seguido por el 27,1% (281 mil 659) que trabajan como empleados o empleadas y el 15,0% (155 mil 784) como obreros u obreras.

En ese sentido, resulta claro que la inclusión de las personas con discapacidad en el mercado laboral no ha sido optima, teniendo más del 70% de personas con discapacidad sin empleo o laborando independientemente.

4. EL DERECHO AL ACCESO AL EMPLEO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

El derecho a la igualdad, es un derecho fundamental consagrado en la Constitución Política del Perú de 1993, cuyo texto redactado es el siguiente:

> *"Artículo 2.- Derechos fundamentales de la persona*
>
> *Toda persona tiene derecho:*
>
> *2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole."*

Asimismo, la discriminación es considerado un delito, según lo regulado en el artículo 323° del Código Penal, el mismo que señala:

> *"Artículo 323°. - Discriminación e incitación a la discriminación*
>
> *El que, por sí o mediante terceros, discrimina a una o más personas o grupo de personas, o incita o promueve en forma pública actos discriminatorios, por motivo racial, religioso, sexual, de factor genético, filiación, edad, discapacidad, idioma, identidad étnica y cultural, indumentaria, opinión política o de cualquier índole, o condición económica, con el objeto de anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos de la persona, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos años, ni mayor de tres o con prestación de servicios a la comunidad de sesenta a ciento veinte jornadas."*

Tomando como base dichos conceptos, se entiende que toda persona tiene derecho a la igualdad y la no discriminación, sin distinción de su origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.

Ahora bien, como se dijera el derecho a la igualdad es un derecho universal, no pudiéndose marginar a las personas con discapacidad, quienes por obvias razones pueden ser víctimas de discriminación.

Cabe recordar que, la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobado el 13 de diciembre de 2006 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, ratificado por el Perú mediante el Decreto Supremo N° 073-2007-RE, establece lo siguiente:

> *"Artículo 5*
>
> *Igualdad y no discriminación*
>
> *1. Los Estados Partes reconocen que todas las personas son iguales ante la ley y en virtud de ella y que tienen derecho a igual protección legal y a beneficiarse de la ley en igual medida sin discriminación alguna."*

De igual forma, el Decreto Supremo N° 073-2007-RE, contempla lo siguiente:

> *"Artículo 27.- Trabajo y empleo*
>
> *1.- Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a trabajar, en igualdad de condiciones con las demás; ello incluye el derecho a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad. Los Estados Partes salvaguardarán y promoverán el ejercicio del derecho al trabajo, incluso para las personas que adquieran una discapacidad durante el empleo, adoptando medidas pertinentes, incluida la promulgación de legislación, entre ellas:*
>
> *a) **Prohibir la discriminación por motivos de discapacidad con respecto a todas las cuestiones relativas a cualquier forma de empleo, incluidas las condiciones de selección**, contratación y empleo, la continuidad en el empleo, la promoción profesional y unas condiciones de trabajo seguras y saludables; (...)"*

Bajo dichos preceptos legales, se entendería que las personas con discapacidad tendrían un manto de protección legal que les permitiría no ser discriminados en cualquier escenario, como por ejemplo en el acceso al empleo; sin embargo, como se ha indicado en los párrafos precedentes, solo el 27,1% (281 mil 659) de la población con discapacidad posee empleo.

En el Perú, el 16 de julio de 2009, el ciudadano Edwin Béjar presentó ante la Defensoría del Pueblo una queja contra el Consejo Nacional de la Magistratura (CNM) por haber sido excluido del proceso de selección y nombramiento para

el cargo de Fiscal Provincial Adjunto del Pool de Fiscales de Cusco, debido a su ceguera.

El 12 de noviembre del referido año, el Tercer Juzgado Civil de la Corte Superior de Justicia de Cusco declaró fundada la demanda y nulo el Acuerdo de Consejo que excluyó al señor Béjar del concurso, ordenando que se le tomase el examen escrito correspondiente. Dicho fallo fue confirmado por la Primera Sala de la Corte Superior de Justicia de Cusco, que ordenó al CNM habilitar día y hora para que el mencionado ciudadano rindiese su examen y, de aprobarlo, continuase con las demás etapas del proceso[9].

En ese misma línea, en Europa también nos encontramos con instrumentos normativos que reconocen toda prohibición de discriminación, como el artículo 14 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (Roma, 1950), así como el artículo 15º de la Carta Social Europea (Turín, 1961), señalando éstas normas que, con el objeto de garantizar el ejercicio efectivo del derecho de las personas física o mentalmente disminuidas a la formación profesional y a la readaptación profesional y social, los Estados contratantes se comprometen a: 1) tomar las medidas adecuadas para procurar a los interesados medios para su formación profesional e incluso, si fuese necesario, las oportunas instituciones especializadas, ya sean privadas o públicas; y 2) adoptar las medidas adecuadas para proporcionar un puesto de trabajo a los minusválidos, particularmente por medio de servicios especiales de colocación, posibilidades de empleo protegido y medidas destinadas a estimular a los empleadores su contratación.

Pero es sobre todo en el marco de la Unión Europea (UE) donde encontramos una intervención más significativa y relevante. En primer lugar, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Niza, 2000), que desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en diciembre de 2009 tiene el mismo carácter jurídico vinculante que los Tratados, y por tanto constituye normativa "constitucional" europea, enuncia todos aquellos derechos que considera "fundamentales", y cuya protección precisamente pretende reforzar. Entre ellos, el artículo 26, titulado Integración de las personas discapacitadas, manifiesta que "la Unión reconoce y respeta el derecho de las personas discapacitadas a

9 Sentencia recaída en el Expediente N° 1890-2009-0-1001-JR-CI.03.

beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad"[10].

En ese sentido, es evidente que el derecho a la igualdad es universal, y este no puede restringirse a las personas con discapacidad, debiéndose velar por el cabal cumplimiento, como por ejemplo en el acceso al empleo.

5. HACÍA UNA VERDADERA EMPLEABILIDAD DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

La educación es uno de los factores a tomar en cuenta cuando se analiza la posibilidad de lograr mayores resultados en los índices de empleabilidad de las personas con discapacidad, la falta de preparación o habilidades en las actividades que requieren los empleadores se constituye en un muro que se observa difícil de sortear para este grupo sensible de discriminación en el acceso al empleo.

Sin embargo, siendo la educación un factor clave para poder garantizar el empleo decente para las personas con discapacidad, el Perú optó por sistema de la exigencia de cuotas de empleo, en el que se exige a los empleadores cumplir con contratar a un determinado porcentaje de trabajadores bajo el apercibimiento de multas administrativas y un case imperceptible incentivo a las empresas.

Efectivamente, la Ley Nro. 29973 "Ley general de la persona con discapacidad", reglamentada por el Decreto Supremo N° 002-2014-MIMP, fue emitida a fin de proteger y promover la inclusión de las personas con discapacidad a diversos ámbitos, tanto políticos, económicos, sociales, culturales y tecnológicos.

En ese sentido protección, se reguló, en su artículo 49, que las entidades públicas están obligadas a contratar personas con discapacidad en una proporción no inferior al 5% de la totalidad de su personal, y los empleadores privados con más de cincuenta trabajadores en una proporción no inferior al 3%". Para asegurar el cumplimiento de esta regulación se dictó la Resolución Ministerial N° 107-2015-TR que aprobó las "Normas complementarias para la aplicación y fiscalización del cumplimiento de la cuota de empleo para personas con discapacidad aplicable a los empleadores privados" y el Decreto Supremo N° 12-2013-TR que en su artículo 48° contiene la cuantía y aplicación de las sanciones por el incumplimiento de la cuota.

10 Almendros Gonzáles, Miguel Ángel. Trabajo y discapacidad: El derecho al empleo de las personas discapacitadas. Foro Jurídico (2015). Pág. 187.

Vemos entonces que el Estado peruano consideró que la inclusión laboral de las personas con discapacidad se podía lograr exigiendo su contratación, sin preocuparse si estaban preparados para las actividades que el mercado laboral ofrece.

Es importante reconocer la presencia que tienen las personas con discapacidad en nuestra sociedad, e Instituto Nacional de Estadísticas e Informática peruano precisó que en el Perú 1 millón 575 mil personas presentan algún tipo de discapacidad.[11]

Asimismo, en el año 2014, este mismo Instituto señaló que de cada 100 personas con alguna discapacidad 46 son económicamente activas, el 45,9% de las personas de 14 y más años de edad con alguna discapacidad forman parte de la Población Económicamente Activa (PEA), 44,7% de los cuales están ocupados y 1,2% están desocupados.[12]

Sin embargo, solo el 15% de estas personas con discapacidad que se encuentran en la población económicamente activa cuentan con ingresos económicos debido a un trabajo independiente, tales como artesanos, agricultores, trabajadores agropecuarios, comerciantes ambulantes, etc., siendo la discriminación uno de los principales factores que afectan y conduce a que este sector de la sociedad no tenga acceso a un empleo digno con igualdad de oportunidades.

Sobre el particular, es menester recordar el razonamiento efectuado por el Tribunal Constitucional respecto a la discriminación de las personas con discapacidad, es el siguiente:

> *"Todas las actividades en las que participa ser humano - educativas, orales, recreacionales, de transporte, etcétera - han sido planeadas para realizarse en ambientes físicos que se ajustan a los requerimientos y necesidades de las personas que no están afectadas de discapacidad. Su planificación, por lo tanto, ha respondido a una imagen del ser humano sin deficiencias físicas, sensoriales o mentales. Históricamente, pues se entorno ha sido hostil con las personas que sufren de alguna discapacidad. La falta de ambientes físicos*

11 El Instituto Nacional de Estadística e Informática – INEI en sus resultados dio a conocer que el 5.2% de la población presenta algún tipo de discapacidad. https://www.inei.gob.pe/prensa/noticias/en-el-peru-1-millon-575-mil-personas-presentan-alg/

12 El Instituto Nacional de Estadística e Informática – INEI por el día de la persona con discapacidad dio a conocer estas cifras estadísticas acerca de las personas con discapacidad económicamente activas. https://www.inei.gob.pe/prensa/noticias/de-cada-100-personas-con-alguna-discapacidad-46-son-economicamente-activas-8678/

> *adecuados a las necesidades de las personas discapacidad ha desencadenado, primero, su marginación y, luego, su exclusión de todos estos procesos sociales, presentándose tales déficits de organización de la estructura social como el principal impedimento para que este sector de la población acceda al goce y ejercicio pleno de sus derechos y libertades"*[13]

En resumen, lo que el Tribunal Constitucional quiso hacer notar es que en el terreno de los hechos el propio ser humano ha construido una sociedad que representa muchas limitaciones a las personas con discapacidad, encontrando ambientes físicos que no se ajustan a las necesidades de las personas con discapacidad, lo cual es una evidente discriminación para este sector, pero que se ha desarrollado de manera inconsciente por la misma sociedad.

Es por ello que consideramos que una manera de promover la inclusión laboral de estas personas con discapacidad sería tomando en cuenta la Ley 28518 (ley sobre modalidades formativas laborales) la cual en sentido amplio se enfoca en brindar a las personas un proceso formativo para que puedan desenvolverse en su área de trabajo con mayor desempeño; es decir, ofrecerles a las personas con discapacidad las mismas posibilidades de acceder a experiencias reales de una relación laboral en donde podrán agenciarse de conocimiento, actitudes y herramientas para su desenvolvimiento e inserción en la vida laboral, ya que este sector sensible necesita que se le brinde mayor atención para que puedan ingresar al mercado laboral con preparación y formación. Por lo tanto, es necesario que se modifique la Ley Nro. 28518 para incluir a las personas discapacitadas de manera más determinada y puedan aprovechar los beneficios mismos de esta futura modificación.

La desventaja laboral real de muchas personas con discapacidad es que no se encuentran capacitadas para las actividades que requiere el mercado, lo que se constituye en una característica asociada a sus discapacidades, lo que termina restringiendo su posibilidad de desempeñarse en una actividad productiva que garantice independencia económica y autonomía personal.

La modalidad formativa laboral de la persona con discapacidad permitiría que los empleadores capaciten a este sector de nuestra sociedad en actividades relacionadas a sus habilidades, en un entorno que hoy, por las consecuencias de la pandemia global, podría ser semipresencial o remoto y que procuraría un

13 Sentencia del tribunal constitucional (2014), recaído en el Expediente N° 02437-2013-PA/TC (Fundamento 9).

trabajador capacitado en nuevas actividades y un empleador que buscará retener el talento que ha capacitado y observado en el desarrollo cotidiano de sus labores.

Es necesario por lo tanto una política agresiva que se aleje de una alternativa de exigencia en la contratación, por uno que apueste de manera integral en la persona mediante su desarrollo personal y laboral.

El derecho al trabajo, tal como lo establece el artículo 2, en su inciso 15 de nuestra Constitución Política, determina que el trabajo es un Derecho fundamental, que no discrimina condición alguna y con ello estamos de acuerdo, pero se debe entender este presupuesto constitucional con una etapa previa, la capacitación en nuevas habilidades de las personas con discapacidad.

Los agentes encargados de colaborar con esta posibilidad de dignificar el trabajo de las personas con discapacidad serían el Consejo Nacional para la Integración de la Persona con Discapacidad (CONADIS), el Ministerio de Trabajo y Promoción del empleo (MTPE), la Oficina Municipal de Atención a la Persona con Discapacidad (OMAPED), la Oficina Regional de Atención a la Persona con Discapacidad (OREDIS) y la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (SUNAFIL) así como los empleadores tanto públicos, como privados.

Estamos seguros que la creación de la modalidad formativa laboral de la persona con discapacidad garantizaría la contratación de un sector minoritario, pero no menos importante de nuestra sociedad desde un punto de vista radicalmente distinto al actual, el de un trabajador distinto al común del resto de trabajadores, pero que puede aportar desde sus particulares circunstancias al desarrollo de sus empleadores, aquellos que no tendrán temor en apostar en capacitarlos y darles la oportunidad de que demuestren sus capacidades en un entorno práctico de trabajo.

EL ESTADO Y LAS NUEVAS FORMAS DE VOZ COLECTIVA

THE STATE AND NEW FORMS OF COLLECTIVE VOICE

NUEVAS FORMAS DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA TRANSNACIONAL EN EL MARCO DE LA DIGITALIZACIÓN

JUAN MANUEL MORENO DÍAZ

Profesor Ayudante Doctor de Derecho del Trabajo y Seguridad Social en la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla (España). He impartido docencia en distintas Universidades españolas, fundamentalmente la Universidad Carlos III de Madrid (1998-2004), la Universidad de Sevilla (E.U. Osuna) (2004-2021) y la Universitat Oberta de Catalunya (2017-2021).

ABSTRACT: The present paper focuses the question related to transnational collective bargaining in the framework of digitalisation. In this way, new technologies have invaded all aspects of our lives, including labor relations. Collective bargaining is not excluded from this invasion, as a main tool in a labor relations system, in order to improve employees working conditions in a certain area.

The main question in this context could be analyze the new forms of union organization in the international level, and, more certainly, in global supply chains, and in what way international collective bargaining has been gradually collecting the new digital rights in the more recents Global Framework Agreements signed.

KEYWORDS: Digitalisation-International Collective Bargaining-Labor Relations-Global Framework Agreements.

1. EL DIÁLOGO SOCIAL Y LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA INTERNACIONAL: ASPECTOS GENERALES Y PROBLEMÁTICA

El punto inicial de esta comunicación tiene que partir necesariamente de la todavía difícil situación que vive el derecho de negociación en el ámbito internacional. Si bien en el mundo desarrollado el respeto a la negociación colectiva se mantiene dentro de unos límites tolerables (aunque con excepciones), más allá de los límites de los países occidentales el desarrollo de dicho derecho está muy por debajo de los umbrales mínimos requeridos.

En términos globales, la negociación colectiva fue el segundo derecho que sufrió una mayor violación, con más de un 80% de erosión, aunque por detrás del derecho de huelga (86%), que fue el derecho más transgredido, y con regiones como Asia-Pacífico, donde se constató un 100% de vulneración a la negociación colectiva. Las prácticas contrarias al adecuado ejercicio de este derecho son muy frecuentes en la mayor parte del mundo, e incluso en Europa son llamativas y muy comunes algunas prácticas empresariales consistentes en soslayar a los sindicatos en la negociación colectiva, impulsando la negociación de convenios directamente con los propios trabajadores[1].

1 Esta práctica reviste una especial gravedad en Europa, dado que el sujeto natural de la negociación colectiva por la parte social es el sindicato. Así puede verse en AAVV (CRUZ VILLALÓN, J., dir.): "La negociación colectiva en Europa. Una perspectiva transversal", Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, 2019, p. 171 ss.

Y por lo que respecta a las violaciones concretas del derecho en la práctica, el Comité de Libertad Sindical la OIT[2] ha concluido que la gran mayoría de la población mundial queda excluida de este derecho, con carácter general, dados los serios obstáculos al ejercicio de este derecho en la práctica. Más concretamente, las violaciones prácticas más frecuentes tienen que ver con la exclusión/restricción de temas cubiertos por la negociación colectiva (Informe OIT, párr. 1289-1312), el arbitraje obligatorio impuesto en la negociación colectiva (Informe, párr. 1415-1419), los requisitos excesivos en la determinación y/o reconocimiento de los sindicatos habilitados para negociar colectivamente (párr. 1342-1403), el menoscabo y/o insuficiente promoción de la negociación colectiva, incluyendo injerencias en el proceso de negociación (párr. 1231-1288) y la violación de convenios colectivos firmados (párr. 1313-1321; 1327-1341).

En conclusión, la situación del derecho de negociación colectiva en el mundo es muy preocupante, ya que las violaciones del mismo son frecuentes y habituales en todos los países y continentes, incluso en los países de nuestro entorno. Y en este contexto, nada fácil para el reconocimiento de los derechos colectivos de los trabajadores, se ha producido una importante revolución de la forma de trabajar, derivado de factores como la globalización, la introducción de nuevas tecnologías en la empresa o la demografía, que ha hecho cambiar radicalmente la manera de producir, introduciendo conceptos como la economía circular, el smart work o el big data, con la consiguiente nueva preocupación de la protección de los derechos de los trabajadores, en general, y de los derechos fundamentales laborales, en particular, derivados de la intensiva utilización de las nuevas tecnologías en el ámbito empresarial, tal como veremos a lo largo de la comunicación.

2. SOCIEDAD DIGITAL, GLOBALIZACIÓN Y NUEVAS FORMAS DE PRODUCCIÓN

El mercado actual está dominado por una nueva forma de entender los procesos productivos, donde la tecnología, la demografía, la globalización y el cambio climático están entre los principales factores impulsores de esos cambios[3].

2 OIT: *La libertad sindical. Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical* (2018, 6ª edición). Todos los datos que se ofrecen están referidos a esta última edición.

3 V. al respecto CORTINA, R. (2011): *La dimensión trasnacional de la negociación colectiva. Los Acuerdos Marco Globales*, Fundación Friedrich Ebert, Serie Aportes, nº 14, Ginebra.

El primer factor que ha contribuido recientemente y de una forma más decisiva a la nueva manera de producir es la globalización, la cual "ha tenido importantes repercusiones sobre las empresas y el empleo, (incluyendo) la fragmentación de la producción en tareas y actividades, que coincide en última instancia con la expansión de las cadenas mundiales de suministro"[4].

Los efectos de la globalización se han observado a nivel internacional y nacional[5]. En el ámbito internacional, ha traído consigo un aumento en las transacciones económicas y de la inversión extranjera y un incremento en el comercio internacional mundial, con la intensificación comercial de multinacionales gigantescas como en el sector de banca y seguros, la manufactura, la producción de petróleo y materias primas. En el nivel nacional, ha conllevado compañías fragmentadas y pequeñas unidades independientes descentralizadas, actividades derivadas a unidades más pequeñas, una organización laboral y unas relaciones industriales más flexibles (en específico los acuerdos de contratación). En conclusión, "la globalización ha traído consigo el crecimiento de la inequidad y la disminución de la prioridad de la dimensión social en muchas partes del mundo" (Rantanen, 2000). En otras palabras, la globalización y desregulación han resultado en un aumento en la brecha entre ricos y pobres y en la exclusión y marginalización de los obreros particularmente en los países en desarrollo" (OMS).

Otro factor que está influyendo notablemente en la forma de prestar los servicios es la tecnología**,** que está teniendo un impacto transformador sobre la naturaleza del trabajo, a través de fenómenos como la robótica, el big data o las nuevas telecomunicaciones.

La tecnología constituye un elemento importante en la configuración de las condiciones de vida y de trabajo. Las transformaciones tecnológicas afectan de distintas formas a la actividad laboral. Determinan los contenidos materiales de la misma, influyen sobre el ambiente en que se desarrolla, posibilitan un mayor control de la actividad de los trabajadores, y, al crear nuevos productos, inciden directamente sobre la estructura de industria y ocupaciones. Y, por lo que respecta a las nuevas formas productivas, se ha dicho que "el fenómeno de

4 OIT (2017): *Informe inicial para la comisión del futuro del trabajo*, Ginebra, p. 10.

5 El INFORME CES 3/2018 (p. 20), establece que "al igual que el futuro del trabajo ya no puede concebirse desde una perspectiva estrictamente nacional, la oferta de trabajo requiere ser considerada en el marco de la globalización y de la apertura mundial de las economías".

centralización de la producción tecnológica (está) en manos de los grupos de empresas y especialmente en las compañías transnacionales, lo que conlleva una centralización de las decisiones en la materia de una parte del capital". Ahora bien, el escenario que nos encontremos al final del proceso y de qué manera afectarán estas nuevas tecnologías a las Cadenas Mundiales de Suministro (en adelante, CMS) y a la fragmentación de la producción, es algo que no es determinable a priori.

Por último, es preciso también considerar a la demografía como factor importante que va a tener su incidencia en la conformación de los nuevos procesos, aunque ello depende de la parte del mundo del que hablemos, dado que los fenómenos demográficos son dispares y presentan una particularidad distinta en las diferentes partes del globo. En efecto, en los países emergentes y en desarrollo, se ha producido un aumento de la población joven que accede al mercado de trabajo, lo que ha impulsado la urbanización y contribuido a la migración internacional. A diferencia de lo anterior, en los países desarrollados, se ha producido el fenómeno del envejecimiento de la población trabajadora, debido fundamentalmente a los bajos índices de natalidad y al incremento paulatino y acelerado de la esperanza de vida. Ello ha hecho que las edades de jubilación en tales países hayan ido creciendo con el paso del tiempo y que el trabajador haya retrasado la edad para dejar de trabajar. Esta idea gana fuerza, además, si se tiene en cuenta que, debido a esta circunstancia, los sistemas de pensiones han devenido cada vez menos sostenibles, dado que el volumen de pensiones a pagar cada año no puede sostenerse con las escasas aportaciones de los trabajadores.

Todos estos factores están entrelazados en las nuevas formas de producir a nivel mundial. Y ello ha tenido su efecto, por una parte, en la degradación de los derechos de los trabajadores, que han sufrido un empeoramiento generalizado de sus condiciones de trabajo con el paso del tiempo, y de forma mucho mayor en el último año, fruto de la pandemia de COVID que afecta al mundo.

Y es que la digitalización está teniendo unos efectos perniciosos sobre las formas de producir, en general, y sobre las relaciones laborales, en particular, dado que la robotización y la inteligencia artificial han venido a cambiar radicalmente la aportación humana en las relaciones de trabajo (Fita Ortega y Goerlich Pesset, p. 8). Repercusiones, en primer lugar, en el empleo, debido a varias circunstancias: a) Hay una conexión directa entre proveedores y consu-

midores, dejando al margen, por tanto, a los prestadores de servicios; b) Hay una correlación entre robótica y pérdida de empleo, sobre todo, en el que afecta a las tareas rutinarias, aunque es cierto que este criterio se ha ido difuminando con el tiempo, puesto que las previsiones iniciales fueron mucho más pesimistas, haciéndose poco a poco más moderadas, estimándose que la pérdida de empleo derivada de la robotización será del 9% como media de la OCDE (Arntz et al, 2016, p. 26); c) En relación con el trabajo en plataformas, cada vez existen más prestaciones de servicios a través de esta modalidad.

En segundo lugar, la digitalización está también afectando al contenido de los trabajos, es decir, a la manera en que se desempeñan las tareas y los requerimientos de cualificación necesarios para ejecutarlas. Así, diferentes estudios empíricos ponen de relieve que la difusión de las tecnologías digitales está provocando cambios significativos en los requerimientos de los puestos de trabajo, acelerando tanto el riesgo de obsolescencia de diversas cualificaciones como la demanda de otras nuevas, especialmente en los sectores con mayor intensidad tecnológica (CEDEFOP, 2016).

A este respecto, en el mercado de trabajo español se han planteado cuatro bloques de problemas relacionados con la formación en conexión con las nuevas exigencias derivadas de la digitalización (Rocha et al, 2016): "a) La persistencia de niveles más bajos de competencias digitales básicas y alfabetización digital universal en comparación a los estándares medios europeos; b) Los desajustes registrados entre la formación de las personas y los requerimientos de cualificación de las empresas, particularmente en el sector TIC, debido a factores como las características del sistema de educación y formación profesional y su relación con el mundo productivo; la falta de movilidad laboral; y los bajos niveles de innovación registrados por las empresas españolas; c) La falta de una apuesta decidida por la formación digital de la fuerza de trabajo en muchas empresas; d) Una importante brecha de género, que se manifiesta entre otros aspectos en una participación significativamente inferior de las mujeres en los estudios y ocupaciones relacionados con el perfil STEM".

En tercer lugar, la economía digital ha tenido también repercusión en relación con la conformación de las relaciones de trabajo, con la generación de nuevos tipos de trabajadores que se distancian de los tradicionales, con el consiguiente cambio que esto ha supuesto para la concepción de las relaciones laborales tradicionales. Y ello, porque cambian los servicios prestados, con una

mayor flexibilidad de los mismos, lo que requiere de una mayor adaptabilidad por parte del trabajador y de una continua necesidad de formación, tanto inicial, como permanente. Asimismo, cambian igualmente las circunstancias del trabajo, con una mayor cantidad de trabajos prestados por máquinas, en detrimento de los prestados directamente por los trabajadores, y ello hace que hayan aumentado actividades prestadas fuera del centro de trabajo, a través del teletrabajo o del trabajo a distancia, dado que la presencia continuada del trabajador en el centro de trabajo durante un determinado período de tiempo pierde su sentido (Rocha et al, 2016, p. 9). Y, por último, hay un aumento de un nuevo tipo de prestaciones prestados a través de las plataformas digitales, lo que ha supuesto una prestación directa de servicios entre el proveedor de los mismos y el cliente, lo que ha repercutido en el nacimiento de un nuevo tipo de trabajador, muy precarizado, que presta servicios, no para un empresario, como tradicionalmente, sino para una plataforma, con lo que ello supone en cuanto al detrimento de los derechos de este nuevo tipo de trabajadores.

3. NUEVAS FORMAS DE REPRESENTACIÓN SINDICAL EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL

3.1. Organizaciones Sindicales Internacionales

A nivel internacional, en el ámbito de las relaciones laborales, se dan las mismas circunstancias para el conjunto de los trabajadores, todas ellas relacionadas con la digitalización y globalización, y por tanto, el papel del sindicato a este nivel sigue siendo tan necesario como en los demás contextos y regiones del mundo, si no aún más, dado que en este escenario, los problemas que se dan en la mayor parte de los países (sobre todo, de los países en vías de desarrollo) son más acuciantes y primarios que aquellos otros que se manifiestan en el mundo occidental.

A nivel global, existen grandes confederaciones sindicales que luchan por los derechos del conjunto de los trabajadores del planeta. Entre ellas, las más destacadas son la Confederación Sindical Internacional (CSI) y la Federación Sindical Mundial (FSM).

La confederación sindical más antigua y de más larga tradición es la Federación Sindical Mundial (FSM), que hunde sus raíces en las postrimerías de la II Guerra Mundial (1945). Sigue la línea del movimiento sindical de clase y lucha contra el capitalismo y el imperialismo, por una sociedad sin explotación del hombre por el hombre. Es de tendencia comunista y marxista-leninista.

Inicialmente agrupó a todos los sindicatos de Europa, América del Norte y el resto del mundo de tendencia socialdemócrata y comunista. Sin embargo, debido a las tensiones de la Guerra Fría y las posiciones divergentes entre los socialdemócratas y los comunistas, los primeros se separan y forman la Confederación Internacional de Organizaciones Sindicales Libres (CIOSL) en 1949. Dicha organización sindical se fusionaría posteriormente con la Confederación Mundial del Trabajo (CMT) en noviembre de 2006, para formar la mayor central sindical mundial: la Confederación Sindical Internacional (CSI).

En la actualidad la FSM cuenta con 92 millones de miembros en 126 países. Su estructura, su organización y su dirección se compone (respectivamente) del Congreso Sindical Mundial, el Consejo Presidencial y el Secretariado.

Por otra parte, la otra gran organización sindical mundial es la Confederación Sindical Internacional (CSI), que nació en Viena en el año 2006, fruto de un proceso generador de muchas esperanzas, frente a retos enormes, y por encima de las dificultades que fue necesario superar. El Congreso de fundación de la CSI fue precedido por los Congresos de disolución de la Confederación Internacional de Organizaciones Sindicales Libres (CIOSL) y de la Confederación Mundial del Trabajo (CMT). La CSI está integrada por las antiguas organizaciones afiliadas de las anteriores CIOSL y CMT así como de ocho otras organizaciones sindicales nacionales que por primera vez se afiliaron a una instancia internacional.

La CSI representa a 168 millones de trabajadores y trabajadoras entre sus 306 organizaciones afiliadas en 154 países y territorios. La CSI defiende los principios de democracia e independencia sindical. Está regida por congresos mundiales que se llevan a cabo cada cuatro años, un Consejo General y un Buró Ejecutivo, y, por otro lado, está desplegada en distintas organizaciones regionales a lo largo de todo el mundo, tales como la Organización Regional Asia-Pacífico (CSI-AP), la Organización Regional africana (CSI-AF) y la Organización Regional de las Américas (CSA). Coopera además estrechamente con la Confederación Europea de Sindicatos, incluso a través del Consejo Regional Paneuropeo.

Tanto la CSI, como la FSM, son las principales organizaciones sindicales a nivel global, que defienden los derechos e intereses de los trabajadores de todo el mundo. Desde su creación, ambas tuvieron como objetivo la defensa de los tradicionales derechos de los trabajadores y de sus condiciones de trabajo. Con el paso del tiempo se han ido adaptando a las nuevas circunstancias derivadas de la

globalización y las nuevas formas de trabajo que se han derivado de la misma, y en la actualidad han tendido a reforzar su presencia en las nuevas prestaciones de servicios que hacen referencia a la empresa digitalizada y a la degradación de los derechos que han derivado de todo el proceso de digitalización de las relaciones laborales.

Pero además de las grandes confederaciones sindicales de carácter general, existen en el ámbito internacional federaciones sindicales por ramas de actividad o sectoriales de gran importancia. De todas ellas, "las diez más importantes son: FITIM (Federación Internacional de Trabajadores de las Industrias Metalúrgicas), ICEM (Federación Internacional de Sindicatos de Trabajadores de la Química, Energía , Minas e Industrias Diversas), ITGLWF (Federación Internacional de Trabajadores del Textil, Vestido y Cuero), la ICM (Federación de la Construcción y la Madera), UITA o IUF (Unión Internacional de Trabajadores de la Alimentación, Agrícolas, 5 A la que están afiliadas 305 centrales sindicales nacionales de 151 países de todo el mundo (lo que representa 175 millones de trabajadores afiliados). Cuenta con Confederaciones regionales: CSI-África, CSIAsia-Pacífico y CSA (Confederación Sindical de las Américas), esta última con dos importantes coordinadoras subregionales: Coordinadora de Centrales Sindicales Andinas y Coordinadora de Centrales Sindicales del Cono Sur. Además, en 2007 se constituyó el CRPE (Consejo Regional Paneuropeo), con el objetivo fundamental de agrupar centrales sindicales de países europeos no pertenecientes a la Unión Europea (países del Este Europeo). 286 Miguel Ángel Almendros González Hoteles, Restaurantes, Tabaco y Afines), ITF (Federación Internacional de Trabajadores del Transporte), UNI (Union Network Internacional, Trabajadores del Comercio y los Servicios), ISP (Internacional de Servicios Públicos), EI (Federación Internacional de la Educación) y FIP (Federación Internacional de Periodistas). Como organismos sindicales de coordinación internacional encontramos también a la TUAC (Trade Union Advisory Comité, Comité Sindical Consultivo) y Global Unions (Sindicatos Globales). Se constata así una cierta tendencia hacia la unidad orgánica y formal (reunificación del movimiento sindical, organismos de coordinación, etc.), que debería de traducirse también en acciones conjuntas, en una acción sindical unitaria" (Almendros González, 2016, p. 284).

3.2. Comités Sindicales Mundiales

Por otra parte, además de estas grandes confederaciones sindicales, tanto generales como de rama o sector, el movimiento sindical ha creado estrategias

sindicales a nivel internacional, fruto del proceso de globalización, que ha dado como resultado la transnacionalización de las relaciones laborales. Es decir, "partiendo de la idea de que el movimiento sindical debe adaptarse continuamente a las relaciones y cambios sociales, económicos y políticos que provoca el desarrollo y evolución del sistema capitalista, constatamos cómo la globalización conlleva múltiples desafíos para el sindicalismo. El más significativo es la necesidad de globalizar también su ámbito de intervención, y, consecuentemente, generar los mecanismos adecuados y efectivos de coordinación, organización y articulación de la acción sindical a escala internacional, pues este es el actual marco de actuación del capitalismo y de las empresas multinacionales y sus cadenas de producción" (Almendros González, 2016, p. 284).

Todo ello ha desembocado en la creación en el ámbito de las grandes empresas multinacionales de estructuras organizativas de carácter internacional, con el ánimo de servir de apoyo a la acción sindical de los trabajadores de estas empresas y grupos de empresa multinacionales en la defensa y reivindicación de sus derechos a lo largo de toda la cadena de valor. De esta manera, se han creado redes sindicales de empresas transnacionales y comités sindicales mundiales a nivel global para facilitar esta defensa. Y es que, como se ha dicho, "los cambios en el capitalismo le imponen al movimiento sindical la necesidad de una autorreflexión que parta de la perspectiva de que los reveses sindicales son de naturaleza global, aun cuando adopten rasgos propios en cada sociedad. Ello es así debido a la intensificación del proceso de transnacionalización de la economía protagonizado por empresas multinacionales que convierten a las economías nacionales en economías locales y crean barreras al proceso de regulación nacional en varios ámbitos, incluyendo las relaciones de trabajo. Es decir que el mundo del trabajo se vuelve cada vez más inestable y precario en el plano nacional, lo que le impone al sindicalismo el desafío de construir acciones de solidaridad y de establecer conexiones entre el plano nacional y el transnacional" (Da Costa, 2016, p. 7 y 8).

En definitiva, junto a las grandes federaciones sindicales internacionales, tanto generales, como de rama, y también en el ámbito internacional, las otras formas de acción sindical, desde el punto de vista organizativo, son los comités sindicales mundiales y las redes sindicales.

En relación con los primeros, fue el sector de la moda el pionero e Inditex el primer grupo de empresas en el mundo en crear una estructura de este tipo.

La creación de este Comité se produjo en 2019, coincidiendo con la renovación del Acuerdo Marco Global entre Inditex e Industriall Global Union, "para compartir las mejores prácticas en materia de promoción de los derechos a la libertad sindical y a la negociación colectiva como base del fortalecimiento de las condiciones de trabajo de los trabajadores de la industria de la vestimenta, el textil y el calzado".

Tal como se decía en la presentación del mismo, "este Comité estará compuesto por representantes sindicales de los principales clústeres de producción de Inditex así como por representantes de los sindicatos españoles CCOO y UGT. Sus 9 miembros estarán distribuidos del siguiente modo: un miembro en representación de la producción de África, un miembro en representación de la de América, cuatro miembros en representación de los clústeres de Asia, dos miembros en representación de los de Europa Occidental y un miembro en representación de Europa Oriental".

Así, con la creación de este Comité Sindical Global, los representantes sindicales locales participarán de una manera más directa en la aplicación del Acuerdo Marco Global en sus respectivos clústeres y podrán contar con el asesoramiento de expertos sindicales, tal y como se estableció en la ampliación del marco de colaboración alcanzada en 2016.

En definitiva, con este órgano se trata de garantizar la uniformización de las condiciones laborales a lo largo de toda la cadena de suministro del grupo de empresas, haciendo que participen directamente en él los representantes de los trabajadores de las empresas proveedoras del grupo, y garantizando, sobre todo, la libertad sindical y la negociación colectiva, no solo en la empresa de cabecera, sino en todas las empresas que forman la cadena de suministro.

3.3. Redes Sindicales

Conceptualmente, las redes sindicales son "una articulación de trabajadores de diferentes unidades productivas de una misma empresa con el objetivo de intercambiar informaciones y experiencias, consensuar pautas comunes de cara a posteriores negociaciones con la plana empresarial y llevar adelante acciones conjuntas de diferente naturaleza de modo organizado" (Da Costa, 2016, p. 3). Además, esta vía constituye una forma adecuada de avanzar en la construcción de un sindicalismo global en un contexto globalizado que evidencia que las

condiciones de trabajo en un país son cada día más interdependientes de los demás países.

De este modo, "son tres los elementos conceptuales que conforman las redes sindicales: 1) el *subjetivo* (se trata de plataformas de interconexión integradas por una pluralidad de sindicatos nacionales y locales que tienen en común su implantación real o potencial en los diferentes lugares del mundo en los que genera empleo la empresa multinacional, lo que comprende la empresa matriz y las sucursales, filiales, concesionarias, franquicias, joint ventures, y toda su cadena de valor integrada por empresas auxiliares, contratistas, proveedoras, distribuidoras o suministradoras, según el modelo de negocio de cada multinacional); 2) el *objetivo, funcional o finalista* (pretenden ser instrumentos para la defensa del conjunto de los intereses colectivos de los trabajadores de la empresa multinacional y, en su caso, de su cadena de valor a través de la cooperación sindical internacional, pero en la práctica muestran ser estructuras sindicales débiles que con mucha dificultad logran convertirse en verdaderos interlocutores de la empresa multinacional); y 3) el *organizativo* (son estructuras de interrelación de una pluralidad de sujetos sindicales configuradas en red, figura intermedia entre la asociación y la mera coalición, y carentes de personalidad jurídica propia al no adoptar la forma asociativa)" (Almendros González, 2016, p. 284).

La principal contribución que las redes pueden hacer a la organización de los trabajadores (en Brasil, aunque esto es trasladable al resto de economías del mundo) es la posibilidad de crear mecanismos que permitan romper con la fragmentación sindical que limita a los sindicatos a actuar localmente a escala de los municipios. Las redes hacen posible el cruce de información sobre remuneración y condiciones laborales entre trabajadores de distintas regiones y el desarrollo de acciones conjuntas de solidaridad frente a los despidos y cierres de plantas. Sin esas iniciativas, los trabajadores permanecerían aislados en sus unidades productivas, sin conocimiento de lo que pasa en otros puntos de la empresa en la que trabajan (Da Costa, 2016, p. 8).

Así ha sucedido con la Red Sindical de proveedores de Inditex, multinacional española del sector de la moda que fue creada entre la federación sindical internacional Industrial Global Union y dicho grupo de empresas internacional, con el objetivo fundamental de que los trabajadores que prestan servicios en las fábricas y talleres situados en países del tercer mundo y que elaboran los productos para dicha multinacional puedan ver garantizada la aplicación de las

normas internacionales del trabajo –duración de la jornada, salarios, entorno laboral, etc.– y, al mismo tiempo, crear una red que desarrolle la solidaridad y el intercambio de información entre líderes sindicales a nivel de la fábrica.

3.4. Plataformas digitales: prácticas novedosas de acción sindical

Por último, en el campo de las plataformas digitales, también se han dado novedosas formas de acción sindical. En este ámbito se dan ciertos problemas en cuanto al ejercicio de los derechos colectivos: a) La atomización del sector generada por la naturaleza individual del proceso productivo; b) El uso de contratos de muy breve duración; c) Relaciones contractuales alejadas de la subordinación; d) La aplicación de algoritmos como método de determinación de las condiciones de trabajo, etcétera.

En relación con ello, los sindicatos han comprendido que es más necesaria que nunca la reorganización de sus funciones en orden a la defensa de los trabajadores de estas empresas, cada vez más presentes en el mercado de trabajo a todos los niveles, sobre todo, teniendo en cuenta que aunque una muy pequeña proporción de estos trabajadores trata con sindicatos los asuntos relacionados con su trabajo, "algunos de estos trabajadores han manifestado su deseo de tener sindicatos que representaran a las personas dedicadas al trabajo en plataformas digitales" (OIT, 2019, p. 85).

Sin embargo, esta reorganización no es sencilla, puesto que se ha topado con determinados problemas, relacionados, en primer lugar, con la democracia sindical de estas organizaciones, con la determinación de su representatividad y, por último, con la internacionalidad de las plataformas, lo que se topa de bruces con la conformación fundamentalmente nacional de los sindicatos (Domínguez Morales, 2019, p. 68).

Además de lo anterior, existe una dificultad añadida derivada de que, "en algunas jurisdicciones, la legislación actual en materia de competencia prohíba a los trabajadores independientes organizarse y negociar convenios colectivos con los operadores de las plataformas" (OIT, 2019, p. 115).

Estos factores de dificultad de la actuación del sindicato en el ámbito de las plataformas han traído como consecuencia la autoprotección de los trabajadores que prestan servicios en ellas, creando organizaciones específicas en cada uno de los países, siendo pionera en este aspecto Francia, cuya legislación reconoce

expresamente a los trabajadores de las plataformas, el derecho de formar sindicatos, adherirse a los ya creados y ejecutar acciones colectivas, pese a su calificación como trabajadores autónomos (Dominguez Morales, 2019, p. 65).

En España, por ejemplo, se han creado las asociaciones Ridersxderechos, formado por riders de Deliveroo, presentes en numerosas ciudades y que se comunican, preferentemente, a través de redes sociales, además, de realizar asambleas, y Asoriders (Asociación Española de Riders Mensajeros) que representa a mensajeros que trabajan para distintas empresas de reparto en calidad de autónomos, o la iniciativa sindical, llevada a cabo por el sindicato UGT, denominado "Turespuestasindical.es", donde los afiliados de UGT que trabajan en plataformas digitales ponen al servicio de los usuarios la página a través de la que se proporciona soporte laboral a las personas trabajadoras que desarrollan sus trabajos en plataformas digitales. A este respecto, se ha dicho que "las tecnologías digitales y las nuevas formas de comunicación constituyen una oportunidad y una buena herramienta de acción y proselitismo sindical, para difundir sus mensajes, captar nuevos afilados o, cuando menos, y en términos "millenials", conseguir "followers" o seguidores (…) y ello como herramienta de trabajo y comunicación externa con sus afiliados, pero también interna con sus delegados y técnicos. Sería este el caso de la utilización de plataformas digitales de trabajo. En este sentido CCOO afirma que "ha logrado reducir en alrededor de un 15 por ciento los desplazamientos de sus responsables sindicales; además de haber intensificado las acciones de formación interna de sus trabajadores…" (Pastor, 2018, p. 120).

En otros países, se han formado sindicatos específicos o propios, como la agrupación sindical de Riders en Países Bajos (Riders Union FNV), creada a iniciativa de Riders de Deliveroo de aquel país.

Más allá de lo anterior, y de forma independiente a la participación de asociaciones profesionales como representantes de estos trabajadores, existen líneas de colaboración entre sindicatos y organizaciones propias de trabajadores de plataformas, como sucede con la organización Riders Union Bologna y el sindicato AdlCobas —en Italia—.

Por último, se han dado casos organizativos particulares para la defensa de estos trabajadores, conformados por plataformas entre organizaciones de varios países. Una de ellas es la Plataforma FairCrowdWork, creada en 2015 por el sindicato alemán IG Metall, la Cámara de Trabajo austriaca (AK, Arbeiterkam-

mern), el sindicato confederal austriaco (OGB) y el sindicato de trabajadores de cuello blanco sueco (Unionen). Se trata de una herramienta digital que proporciona información sobre trabajo en plataformas desde una perspectiva sindical, en relación con los derechos y obligaciones de los trabajadores de estas empresas, así como sobre los recursos de los que dispone el sindicato en favor de los mismos (OIT, 2019, p. 106). Al mismo tiempo, se publica información acerca del funcionamiento de determinadas plataformas en activo, cuya función es visibilizar las condiciones en las que se prestan servicios a través de las mismas —incluye información sobre tareas, clientes, número de trabajadores, salarios, formas de pago, etcétera—. Por otra parte, Turkopticon, plataforma estadounidense creada por los prestadores de servicios en Amazon Mechanical Turk —dedicada a la realización de microtareas, como traducción de documentos, realización de encuestas, entre otros—, ya realizaba un trabajo similar recogiendo las opiniones sobre el comportamiento de los clientes de dicha plataforma (Dominguez Morales, 2019, p. 67).

Estas organizaciones de trabajadores han llevado a cabo distintas y variadas acciones colectivas, relacionadas, por una parte, con la huelga o similares, como por ejemplo, "la desconexión de la plataforma por parte de los trabajadores, como ya lo harían los trabajadores del Reino Unido en 2016. También han organizado marchas en bicicleta como forma de protesta y de sensibilización de la población sobre la precariedad de su situación, así como campañas de desprestigio hacia las plataformas, en sus perfiles de Facebook" (Dominguez Morales, 2019, p. 65). Por otra parte, en otras ocasiones se han emprendido acciones judiciales para la consecución de los derechos de los trabajadores. Así, en Argentina, los taxistas miembros de la Federación Nacional de Sindicatos de Conductores de Taxis (FNSCT), afiliada a la ITF, llevaron a cabo una campaña para exigir el cumplimiento de la sentencia que ordenaba el cese de las actividades de Uber por estar favoreciendo la evasión fiscal y el uso de conductores sin licencia profesional, ni seguro de transporte público, llegando a establecer multas por importe de 5000USD para cada vehículo que desacatara esta decisión. En segundo lugar, el Sindicato Alianza de Trabajadores del Taxi de Nueva York, afiliado a la ITF, presentó una demanda en nombre de 5000 chóferes de Uber como consecuencia del despojo de derechos laborales a los conductores al imponerles la condición de contratistas independientes, y, por último, en Dinamarca, el Sindicato 3F, afiliado a ITF ha promovido diversas acciones contra Uber consiguiendo la imposición por parte de los tribunales de sanciones por ofrecer ilegalmente servicios de taxi sin licencia (Trillo Párraga, 2016, p. 20).

Sin embargo, estas no son más que prácticas sindicales de actuación a nivel local. Pero mucho más allá de eso, la dimensión global que están adquiriendo estas empresas que actúan en el marco de la economía colaborativa necesitaría de acciones sindicales también globalizadas (Moreno Díaz, 2017, p. 86). Y, tal como ha sido dicho, los sindicatos, "con una estructura y un funcionamiento adaptados a las características de las empresas y el mercado de trabajo de la etapa fordista, hacen hincapié hoy en día en que el surgimiento del nuevo modelo de empresa-red transnacional requiere de nuevas formas de organización sindical en las compañías. Nuevas formas de organización que superen las fronteras nacionales formando observatorios, redes, comités de empresa globales, etc." (Vivero Serrano, 2014, p. 187).

4. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL CONTEXTO INTERNACIONAL EN EL ÁMBITO DE LA DIGITALIZACIÓN

4.1. Los instrumentos utilizados

El reconocimiento de derechos laborales en el ámbito internacional en el contexto de las cadenas mundiales de suministro ha ido recorriendo un camino no exento de dificultades.

Teniendo en cuenta que el derecho de negociación colectiva ha circunscrito su ámbito de actuación a las fronteras de cada país, en una sociedad internacional gobernada por la globalización, la articulación de derechos laborales para todo el conjunto no deviene nada fácil.

Los instrumentos que han sido utilizados hasta el momento han quedado reducidos al ámbito de la responsabilidad social, de carácter puramente voluntarista, y sin un respaldo jurídico efectivo. En efecto, en primer lugar, tales derechos empezaron a ser reconocidos a través de códigos de conducta, es decir, "un documento redactado voluntariamente por una empresa en el que se exponen una serie de principios que se compromete unilateralmente a seguir" (Cortina, 2017, p. 15).

Con el paso del tiempo, dichos códigos y en general la RSE han derivado en la formación y en la firma de Acuerdos Marco Globales, que representan un grado superior en la juridificación de los compromisos asumidos por este tipo de empresas cuando operan en el mercado mundial en el seno de una cadena mundial de suministro. Los referidos acuerdos "han cambiado el sentido de la

regulación pues ésta no se funda ya en la declaración unilateral de una empresa o grupo de empresas, sino en el acuerdo alcanzado entre la empresa transnacional y la federación sindical internacional sobre condiciones mínimas de trabajo que se deben mantener en cualquier lugar que se asiente la empresa, con mecanismos de monitorización de su cumplimiento y de seguimiento de los compromisos adoptados" (Nieto Rojas, 2017, p. 196). Y es cierto que en este contexto internacional han comenzado a firmarse con cierta habitualidad estos Acuerdos Marco Globales, con el ánimo de que en toda la cadena de suministro se establezcan los mismos derechos que se reconocen en la cabecera de las empresas matrices.

4.2. La inserción de los derechos digitales en los Acuerdos Marco Globales

En el plano internacional, ya se ha dicho que son los Acuerdos Marco Globales los instrumentos que están sirviendo de base para recoger los derechos de los trabajadores en el seno de las grandes cadenas de suministro, fundamentalmente en el ámbito de las empresas multinacionales.

Aunque es cierto que estos acuerdos están siendo implementados paulatinamente en dicho contexto, también lo es que el contenido de los mismos todavía está en una etapa primigenia por lo que se refiere al reconocimiento de los derechos laborales. Es decir, teniendo en cuenta que el escenario donde se mueven los AMG son el de una gran empresa multinacional que encarga a proveedores situados en el tercer mundo productos que posteriormente aquella venderá en el mercado occidental, el contenido de tales acuerdos pasa urgentemente por salvar los más esenciales derechos de los trabajadores de las empresas proveedoras, todavía en fase embrionaria.

Como se ha puesto de manifiesto a lo largo de este trabajo, algunas federaciones sindicales internacionales (entre ellas, y principalmente, Industriall Global Union) llevan mucho tiempo trabajando con grandes cadenas multinacionales, básicamente del sector textil, en la negociación y firma de acuerdos marco globales para el reconocimiento de los derechos fundamentales laborales a los trabajadores que prestan servicios en los talleres y pequeños negocios que elaboran y surten de productos a las grandes multinacionales del sector de la moda[6].

6 A este respecto, es de suma conocido el AMG firmado entre Industriall Global Union e Inditex a tal efecto, firmado en 2002 y renovado en varias ocasiones, la última de ellas en 2019.

A día de hoy, la implantación de estos acuerdos está empezando a ser generalizada, y son cada vez más los firmados en todos los ámbitos de la producción (no sólo en el sector textil). Y lo más importante de estos acuerdos es que aunque en su día empezaron a materializarse como manifestación de voluntades de las dos partes para cumplir una serie de compromisos en el marco de la RSE, con el paso del tiempo han ido adquiriendo una fuerza de obligar mucho mayor, con un alto grado de juridificación, significando, por tanto, un paso más en relación con los iniciales códigos de conducta y con la responsabilidad social que, inicialmente, propusieron los objetivos a cumplir en el ámbito internacional por este tipo de empresas cuando operan en el mercado mundial en el seno de una cadena mundial de suministro. Tal como se ha dicho, los referidos acuerdos "han cambiado el sentido de la regulación pues ésta no se funda ya en la declaración unilateral de una empresa o grupo de empresas, sino en el acuerdo alcanzado entre la empresa transnacional y la federación sindical internacional sobre condiciones mínimas de trabajo que se deben mantener en cualquier lugar que se asiente la empresa, con mecanismos de monitorización de su cumplimiento y de seguimiento de los compromisos adoptados" (Moreno Díaz, 2021, p. 215). Por tanto, y en definitiva, lo más importante de estos acuerdos de regulación en el contexto internacional es el auge que han adquirido como mecanismo de formalización de obligaciones en el tráfico jurídico de las empresas multinacionales, dado que su firma por las partes tiene carácter jurídico vinculante, "pudiendo incorporar mecanismos de seguimiento, revisión y control y responden a la necesidad de interlocución sindical frente al poder cada vez más centralizado internacionalmente de las empresas multinacionales"[7].

En relación con el contenido de los AMG, como se ha dicho, el contenido de los mismos está todavía en la fase de reconocimiento de los derechos fundamentales laborales, con carácter general. Hay que tener en cuenta que estos acuerdos se empezaron a firmar con las empresas transnacionales que contratan sus productos con fábricas y talleres situados en países en vías de desarrollo, donde los derechos relativos al trabajo decente, tales como la jornada máxima de trabajo, los salarios dignos o la seguridad y salud en el trabajo, son una quimera. Por tanto, los primeros acuerdos que se firmaron a principios de siglo tuvieron, como objetivo fundamental, el reconocimiento de estos derechos y su aseguramiento a lo largo de toda la cadena de suministro.

7 Observatorio del Trabajo en la Globalización, disponible en https://www.observatoriodeltrabajo.org/actua/alternativas-sindicales/acuerdos-marco-globales.

Con el paso del tiempo, y la consecución de ciertos logros en los aspectos básicos de aquél reconocimiento, se han logrado plasmar un buen número de acuerdos globales, que han ido incorporando nuevos derechos, centrados, sobre todo, en la seguridad y salud en el trabajo, la conciliación de la vida laboral y familiar o el respeto al medioambiente, sin dejar de insistir en los derechos básicos laborales. Y en relación con estos nuevos contenidos que están introduciendo los AMG más recientes, también están los aspectos tecnológicos.

Tan solo a modo de ejemplo, podemos citar algunos Acuerdos Marco Globales que han hecho menciones a estos aspectos:

4.2.1. AMG Norsk Hydro ASA (2016)

La empresa noruega Hydro ASA firmó en el año 2016 un Acuerdo con la Federación noruega unida de Sindicatos (Fellesforbundet) e IndustriEnergi, IMF (Sindicato Internacional de Trabajadores del Metal) e ICEM (Federación Internacional del Sindicato de Trabajadores de Industria química, energía, minería y obreros en general), el principal sindicato noruego de la industria química, con el objetivo fundamental de "crear un canal de información abierto entre las Partes sobre problemas de relaciones laborales para la mejora y desarrollo continuado de buenas prácticas laborales dentro de las operaciones que Hydro desarrolla a nivel mundial".

Tras reconocer en los primeros puntos del Acuerdo los principales derechos laborales internacionales en el marco de la OIT (seguridad y salud, salario digno, horario de trabajo, prohibición de discriminación y prohibición de trabajo forzado y de trabajo infantil), el Acuerdo se refiere a la formación de los trabajadores de la empresa (punto 3), que se enuncia con carácter general, pero haciendo una mención especial del interés de la empresa en la "mejora de las habilidades de los trabajadores para utilizar nuevas tecnologías y equipos".

Esta mención será bastante común en la mayoría de los AMG firmados recientemente, dado que, aunque las nuevas tecnologías de la información y la comunicación son una herramienta de producción que están presentes en el ámbito empresarial desde hace tiempo, la rapidez con la que se introducen cambios tecnológicos hace que la preocupación empresarial de formar a sus trabajadores en este campo sea constante, y así queda de manifiesto en los convenios colectivos nacionales, sino también en el contexto internacional, como veremos también en otros acuerdos.

4.2.2. AMG Solvay (2017)

Como nueva manifestación de lo anteriormente dicho, tenemos también el AMG que el Grupo Solvay, multinacional del sector químico, firmó en el año 2017 con Industriall Global Union.

Como es lógico, los principales contenidos del Acuerdo están centrados en los aspectos medioambientales y en el ámbito de la seguridad y salud en el trabajo. Sin embargo, hay un apartado donde se manifiesta la preocupación del Grupo por la formación de sus trabajadores, haciéndose constar el compromiso que aquél adquiere en relación con sus empleados durante su carrera en la "formación para prepararlos para nuevos empleos y tecnologías (y en el) desarrollo de conocimientos y capacidades".

Por tanto, nueva manifestación de un grupo de empresas multinacional, en este caso del sector químico, por la formación continuada de sus trabajadores en el campo de las tecnologías, dada la importancia que las mismas tienen en el sector en el que este Grupo presta sus servicios a nivel mundial.

4.2.3. AMG PSA-Peugeot (2017)

En este recorrido por los acuerdos de las grandes empresas y grupos multinacionales tienen particular interés los relativos al sector de la automoción, por cuanto que su profundidad de contenido es mucho mayor que la de otros acuerdos.

En relación con él, también hace referencia a los aspectos derivados de la digitalización, pero, a diferencia de los de Solvay y Norsk, aquí se pone en relación a la tecnología con la conciliación de la vida laboral y personal, a través de la transformación digital de toda la organización del Grupo.

En efecto, en Peugeot existe un gran interés, manifestado en el Acuerdo, en su transformación digital, con el objetivo, entre otros, de "simplificar el trabajo diario y facilitar la vida de cada persona en su entorno de trabajo" (punto 2.7).

A partir de ahí, el Acuerdo manifiesta su interés por fomentar la conciliación de la vida laboral y familiar, teniendo en cuenta que ello contribuye "a mejorar la calidad de vida en el trabajo, a la prevención del estrés y a la competitividad de la empresa" (punto 2.4), y ello se hace a través de la adopción de dos series de medidas: la buena utilización de las nuevas formas de trabajo digital (mensajería,

telefonía móvil, redes sociales, etc.) y la organización de reuniones, garantizando el derecho a la desconexión.

La consecución de dicha objetivo se basa aquí en el teletrabajo, al que se concibe como "modo de trabajo innovador", y que "puede contribuir a un mejor equilibrio entre el tiempo de vida y mejores condiciones de trabajo en la medida en que se tengan en cuenta las aspiraciones de los/as trabajadores/as y se respete la organización del trabajo establecida por la legislación nacional o los convenios colectivos".

Además de ello, "la organización del teletrabajo se despliega dentro de los equipos del Grupo basándose en las herramientas digitales de PSA (…) y se inscribe en una dinámica de negociación a nivel local entre la empresa y los/as representantes de los/as trabajadores/as".

Por último, "la práctica del teletrabajo se favorecerá en todas partes donde sea posible, en función de la organización, de los oficios y de la reglamentación local. Cada país adopta una definición adaptada de las formas del teletrabajo admitidas y de los criterios de elegibilidad" (punto 2.4).

4.2.4. AMG Renault (2019)

El otro gran gigante de origen francés del sector de la automoción es el Grupo Renault, que en el año 2019 firmó el AMG con IndustriALL Global Union, las federaciones sindicales francesas y las demás federaciones sindicales o sindicatos representados en el Comité de Grupo.

El AMG firmado por Renault tiene una característica fundamental que lo distingue de todos los demás. A pesar de ser un acuerdo reciente y de una empresa con un gran componente tecnológico, el AMG de Renault prima por encima de todo a la persona y sus circunstancias por encima de cualquier otro aspecto de la evolución del Grupo, incluida la tecnología. En este sentido, persigue objetivos tales como la inclusión en el grupo, el espíritu de equipo, el trabajo colaborativo, la convivencia en los equipos o la personalización del papel de cada empleado en la empresa como síntomas inequívocos de la filosofía de esta multinacional. Como manifestación de ello, se establece que "aunque la inteligencia artificial ocupa una parte cada vez más importante en nuestros procesos, es evidente que el ser humano debe seguir al mando. Preservar esta parte humana en un mundo en plena digitalización es uno de nuestros retos". En este contexto, "la

manera en que los empleados y las empleadas se adueñan de los nuevos entornos digitales es primordial, dado que el auge de los medios digitales transforma y seguirá transformando el mundo laboral, en virtud del avance imparable que la tecnología tiene en nuestras vidas y en el mercado de trabajo.

Eso no quita para que en Renault se sea consciente de la importancia de la tecnología y de que esta tiene una presencia ineludible en nuestra vida laboral. Sin embargo, a diferencia de otras empresas, aquí se intenta poner la tecnología al servicio del hombre, de forma que facilitando un mayor acceso humano a la tecnología necesaria para prestar el trabajo sea más fácil para el trabajador conciliar el trabajo y la vida familiar, porque ello repercutirá en un mejor ambiente laboral. Por ello, "el grupo Renault pone a disposición de sus empleados y empleadas diferentes herramientas digitales que les permiten día a día solventar las limitaciones espaciales y acceder en cualquier lugar y desde cualquier dispositivo (incluidos los suyos propios) a los sistemas de la empresa que necesiten. De esta manera, en función de su actividad, los empleados y las empleadas pueden disponer de un ordenador portátil o una tableta y, los empleados y las empleadas itinerantes, de un Smartphone".

Por otra parte, se reconoce el derecho a la desconexión digital (punto 4.4), aquí especialmente importante teniendo en cuenta la presencia de la compañía en países muy diversos con husos horarios diferentes. Es por ello que el Acuerdo hace un extenso reconocimiento de este derecho en una triple vertiente: a) Los empleados y empleadas tienen el derecho a elegir conectarse o no fuera de su tiempo de trabajo habitual y durante sus periodos vacacionales, b) Estas conexiones deberán limitarse a un uso en las franjas horarias aplicables para ejercer su misión profesional. Durante estos periodos no están obligados a responder a los mensajes de correo electrónico ni a las llamadas telefónicas que reciban y procurarán que sus propios envíos y llamadas se produzcan solo en situaciones de emergencia excepcionales, limitándolas principalmente a aquellas que puedan afectar a la seguridad de los empleados y las empleadas y/o de los clientes; c) Los managers y los colaboradores velan por dar ejemplo: permanecen atentos y avisan en caso de sobrepasar manifiestamente los horarios de trabajo y/o de no respetar los tiempos de descanso.

5. CONCLUSIONES

1. El mercado de trabajo actual está dominado por la globalización y la tecnología, y ello repercute de una manera trascendental en el

ámbito del reconocimiento de derechos, sobre todo a nivel internacional.

2. En el plano internacional, el derecho de negociación colectiva es un derecho muy transgredido en todas las partes del mundo, y se hace difícil articular derechos laborales en el seno de las grandes empresas multinacionales que dominan el mercado mundial a través de las cadenas mundiales de suministro.
3. El reconocimiento de derechos laborales en este contexto se comenzó haciendo a través de códigos de conducta en el marco de la responsabilidad social, para luego dar un paso más a través de los Acuerdos Marco Globales (AMG), que representan un nivel de juridificación mayor, como muestra de lo que podría ser la negociación colectiva internacional.
4. En este escenario, y a pesar de la dificultad mencionada, se están empezando a reconocer en los AMG los nuevos derechos derivados de la digitalización. En el trabajo se muestran algunos ejemplos de tales reconocimientos, que tienen que ver, sobre todo, con el teletrabajo, la formación en competencias digitales, la desconexión digital y los derechos de información en relación con la inteligencia artificial.

BIBLIOGRAFÍA

Almendros González, M.A. (2016): *Acción sindical en empresas multinacionales*, en Monografías Temas Laborales, nº 57: "Treinta Años de la Ley Orgánica de Libertad Sindical: Perspectivas y Retos" (Quesada Segura, R., coord.), Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, p. 283-297.

Cortina, R. (2011): *La dimensión trasnacional de la negociación colectiva. Los Acuerdos Marco Globales*, Fundación Friedrich Ebert, Serie Aportes, nº 14, Ginebra.

Da Costa, H. (2016): *Redes sindicales de trabajadores: desafíos globales y locales*, en Nueva Sociedad, nº 264, disponible en https://nuso.org/articulo/redes-sindicales-de-trabajadores-desafios-globales-y-locales/

Domínguez Morales, A. (2019): *Representación colectiva y negociación de derechos de trabajadores en plataformas,* Revista Latinoamericana de Derecho Social, nº 29.

Fita Ortega, F. y Goerlich Pesset, J.M. (2017): *Sindicalismo y acción sindical en el siglo XXI: crisis económica y transformación del modelo productivo,* Arxius, nº 36-37 (pp. 37-48)

Goerlich Pesset, J.M. (2019): *Innovación, digitalización y relaciones colectivas de trabajo*, Revista de treball, economia y societat, nº 92.

Moreno Díaz, J.M. (2021): *Sociedad digital, globalización y representación de los trabajadores en la empresa*, en AA.VV. (Mella Méndez, L. y E. de Muñagorri, R. dir.): "Globalización y digitalización del mercado de trabajo: propuestas para un empleo sostenible y decente", Thomsom-Aranzadi, Pamplona.

Moreno Díaz, J.M. (2019): *Las nuevas formas de representación colectiva en la economía colaborativa*, Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo, vol. 7, nº 2 (*p. 207-223).*

Moreno Díaz, J.M. (2018): *La negociación colectiva como medio fundamental de reconocimiento y defensa de las nuevas realidades derivadas de la industria 4.0.*

Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo, vol. 6, nº 1.

Nieto Rojas, P. (2017): El papel de los sindicatos en la consecución de los ODS. Especial referencia a los acuerdos marco globales, disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-madrid/documents/article/wcms_548587.pdf .

OIT (2019): *Las plataformas digitales y el futuro del trabajo. Cómo fomentar el trabajo decente en el mundo digital*, Ginebra.

Pastor Martínez, Alberto (2018): *Representación de los trabajadores en la empresa digital,* Anuario IET de Trabajo y Relaciones Laborales, 5, 111-122, disponible en https://doi.org/10.5565/rev/aiet.67- , recuperado el 27 de mayo de 2021.

Rocha, F.; López, E.; Pobre, V; Temprano, L. (2016): *Vocational training for employment in Information and Communication Technologies in Spain*. Eurofound, Foundation Seminar Series, Dublin.

Trillo Párraga, F. (2016): "Economía digitalizada y relaciones de trabajo", en *Revista de Derecho Social,* nº 76.



Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

XXIII Congreso Mundial

7 - 10 de Septiembre de 2021 - Lima, Perú